

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LES ACTES DE GOUVERNEMENT

Un peuple libre obéit aux lois mais il
n'obéit qu'aux lois ; et c'est par la force
des lois qu'il n'obéit pas aux hommes.

J.-J. ROUSSEAU.

Lettres écrites de la Montagne, II, 8.

THÈSE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE 13 JUIN 1898, A 1 HEURE

Par M. Jules LONNÉ

Président : E. CHENON, *professeur*.

Suffragants : } MM. CHAVEGRIN, *professeur*,
BERTHELEMY, *professeur*.

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES, HENRI JOUVE
15, rue Racine, 15

1898

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

LES ACTES DE GOUVERNEMENT

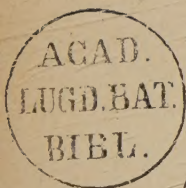
Un peuple libre obéit aux lois mais il
n'obéit qu'aux lois ; et c'est par la force
des lois qu'il n'obéit pas aux hommes.

J.-J. ROUSSEAU.

Lettres écrites de la Montagne, II, 8.

THÈSE POUR LE DOCTORAT
PRÉSENTÉE ET SOUTENUE LE 13 JUIN 1898, A 1 HEURE

Par M. Jules LONNÉ



Président : E. CHENON, professeur.

*Suffragants : { MM. CHAVEGRIN, professeur,
BERTHELEMY, professeur.*

PARIS

IMPRIMERIE DES ÉCOLES, HENRI JOUVE
15, rue Racine, 15

1898

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LES ACTES DE GOUVERNEMENT

INTRODUCTION

On est loin de s'entendre sur la question des fonctions de l'Etat ; mais l'Etat moderne considère comme une mission pour lui d'aider au développement des facultés de la nation et au perfectionnement de sa vie : son premier devoir pour y parvenir est de respecter l'individualité de chaque citoyen et d'aider à son extension. Ceci revient à dire qu'il faut respecter les droits individuels et les protéger contre toute attaque injuste.

Nous admettons que l'individu a des droits supérieurs et antérieurs à ceux de l'Etat et que l'Etat doit les respecter. Mais qui délimitera les bornes de la souveraineté sociale et de la liberté individuelle ?

M. Guizot a dit que l'éternel problème des sociétés humaines c'est la difficulté de concilier la liberté avec le pouvoir. (Des moyens de gouvernement).

Or, dans les organisations politiques modernes, les droits individuels sont reconnus et garantis par des lois, c'est-à-dire, par des règles fixes, connues d'avance et préexistantes au fait qu'elles régissent. Dans ses Lettres écrites de la montagne, 11, 8 Jean-Jacques Rousseau écrivit : Il n'y a pas de liberté sans lois, ni où quelqu'un est au-dessus des lois. Un peuple libre obéit, mais il ne sert pas ; il a des chefs et non pas des maîtres ; il obéit aux lois, mais il n'obéit qu'aux lois et c'est par la force des lois qu'il n'obéit pas aux hommes.

Il existe cependant une théorie dans le droit public français qui peut servir de justification aux atteintes les plus graves aux droits individuels : c'est la théorie dite des actes de gouvernement.

Les auteurs et les tribunaux consentent à mettre le gouvernement, en des circonstances plus ou moins déterminées, au-dessus des lois. Les actes, dits de gouvernement, seraient soustraits à tout recours contentieux, judiciaire ou administratif, même au cas de violation de la loi ou de lésion d'un droit privé. Le seul contrôle exercé à l'égard de ces actes serait celui du Parlement et celui de l'opinion publique.

D'ailleurs la jurisprudence et la doctrine ne présentent pas un corps d'idées compact et entraînant facilement l'adhésion. Elles ne sont ni très affirmatives ni très précises. Les auteurs et les arrêts s'accordent cependant pour scinder en deux grandes classes les actes

de puissance publique. Il y aurait les actes d'administration, et les actes de gouvernement, cette dernière catégorie étant soumise à un droit exceptionnel.

Les auteurs croient pouvoir distinguer le Gouvernement et l'Administration et, ce qui est plus grave, ils font produire à cette distinction des conséquences juridiques. Si on veut établir d'une manière plus ou moins précise, au point de vue théorique, une certaine dissemblance entre les attributions du pouvoir exécutif; ou bien si, au point de vue spéculatif encore, un homme d'Etat veut répartir avec intelligence les fonctions du pouvoir exécutif entre les divers dépositaires de l'autorité publique, cette distinction entre le Gouvernement et l'Administration peut être admise.

Mais ce qu'il est impossible d'admettre c'est qu'on attribue une valeur juridique à cette distinction qui dès lors aboutit à une distinction entre l'acte d'administration et l'acte de gouvernement, et entraîne cette conséquence redoutable : le recours, possible contre l'acte d'administration, n'est pas recevable contre l'acte de gouvernement.

Nous essaierons de démontrer, pour la garantie des droits individuels et au moyen de la méthode de déduction juridique, en invoquant les principes et les textes, que cette distinction n'a pas de valeur; que tous les actes de puissance publique sont soumis aux mêmes règles, quelle que soit leur prétendue nature gouvernementale.

Depuis que cette dangereuse théorie s'est créée, auteurs et arrêts ont suivi une évolution curieuse. Elle a dès sa naissance consacré des illégalités évidentes, car elle avait alors toute sa portée. La doctrine et la jurisprudence depuis l'ont, par des atténuations successives, amenée à une forme plus anodine : elle en est devenue à la fois inutile et indécise, tout en restant toujours dangereuse.

Cette théorie de l'acte de gouvernement, quoique très récente, a subi déjà de considérables modifications et présente par cela même un côté historique.

Inconnue sous l'ancien régime et pendant la période du droit intermédiaire elle fut à peine pratiquée sous la Restauration et sous la Monarchie de juillet. Jusqu'au Second Empire l'idée n'apparaît pas encore, dans les exposés doctrinaux, de soustraire des actes de puissance publique au contrôle des juridictions sous prétexte qu'ils sont inspirés par des motifs d'ordre politique.

Quelques événements célèbres amenèrent le Conseil d'Etat et avec lui les théoriciens, notamment MM. Vivien et Dufour, à mettre hors du droit les actes de gouvernement. Dès cette époque, cette théorie fut implantée définitivement dans la doctrine, et systématiquement appliquée dans la pratique des affaires.

Toutefois depuis le Second Empire elle s'est considérablement modifiée. Mais le souci de protéger le droit individuel lui a fait perdre toute sa netteté. La doctrine actuelle ne peut parvenir à dégager le criterium indis-

pensable pour distinguer ce qui est acte de gouvernement de ce qui est acte administratif. Il est même des auteurs — et la jurisprudence la plus récente du Conseil d'Etat semble aboutir à ce résultat — qui conservent le nom et font disparaître la chose.

D'un autre côté, le gouvernement s'est toujours efforcé, depuis 1870, de faire revivre sous une forme atténuée les traditions du Second Empire.

Arguant de l'immunité qu'acquièrent ses actes quand ils sont accompagnés d'un vote impulsif ou approbatif de l'une des assemblées représentatives, il prétend les soustraire à tout contrôle juridictionnel.

Ni la doctrine du Conseil d'État, ni celle du Gouvernement ne renferment la vérité juridique. Les principes fondamentaux du droit public ne permettent pas qu'on attribue de valeur à une distinction entre le gouvernement et l'administration. Cette subdivision factice du pouvoir exécutif n'est écrite nulle part, et n'a tout au plus qu'une importance doctrinale. En outre, aucun texte spécial, même l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872 ne soumet l'acte de gouvernement à un droit exceptionnel. Les travaux préparatoires de la loi en sont la preuve.

Notre affirmation est que la pensée exacte de notre droit public a été de soumettre tout acte de puissance publique, même les actes supposés de gouvernement, aux règles ordinaires du contentieux administratif. Il ne s'ensuivra pas nécessairement que tout acte d'autorité émanant du pouvoir exécutif sera susceptible de

recours, et que l'universel examen contentieux pourra mettre, en des conjonctures difficiles, le gouvernement dans une situation fâcheuse. On examinera un à un les divers actes du gouvernement, selon l'énumération qu'en donnent les auteurs, et on verra que la plupart sont soustraits au recours contentieux.

Et ici on sera le plus souvent d'accord avec les partisans de la théorie de l'acte de gouvernement; mais si ces actes échappent au recours, l'analyse démontrera qu'ils y échappent comme n'importe quel acte administratif, en vertu des exceptions tirées du *droit commun*, parce qu'ils ne contiennent ni violation de droit, ni excès de pouvoir, et non pas pour cette trop facile raison qu'ils sont empreints du caractère gouvernemental.

L'étude des diverses législations européennes nous montrera que, seuls en Europe, avec l'Allemagne et l'Italie, qui sont les pays où les droits individuels sont le moins garantis, nous nous réclamons de cette redoutable théorie.

CHAPITRE I

HISTORIQUE DE LA QUESTION

L'ancien régime.

Sous l'ancien régime la juridiction administrative générale était rendue par le roi en son Conseil, et par les intendants.

Le Conseil du roi. — Le conseil se divisait en plusieurs sections. Sous Louis XV les sections chargées de rendre la justice furent le Conseil des dépêches et le Conseil des finances.

Le Conseil du roi n'avait en aucun cas de pouvoir propre ; c'était toujours le roi qui était censé décider en personne par l'intermédiaire de son Conseil.

Or on peut dire que ce Conseil avait des pouvoirs absolus.

En effet, selon son bon plaisir, le Conseil évoquait à sa barre les contestations les plus diverses lorsque la nature du procès lui semblait justifier cette mesure. Poitou citant une demande d'évocation d'un intendant :

« le Conseil peut toujours déroger aux règles un but utile » (p. 28 *Liberté civile et le pouvoir administratif en France*). Le gouvernement usait de son droit absolu d'évocation, comme il le voulait. Il n'aurait eu garde de se lier les mains par des règles de compétence *a priori* (Dareste *Just. adm.* p. 98).

Il y avait mieux. Il était décidé par arrêt du Conseil que certaines causes seraient toujours évoquées devant lui. Or le Conseil avait un privilège ordinaire, celui de ne juger jamais quand il ne le voulait pas ; ainsi les causes entre auteurs dramatiques et comédiens : le Conseil n'a jamais jugé aucune de ces causes parce que le moyen le plus court était la dénégation de toute justice (Dareste, p. 95).

La confirmation de ce qui précède est dans Guillard (*Hist. du Conseil du roi*, p. 65) : « Tous les magistrats de France ne peuvent ignorer que sa Majesté ne s'est pas dépouillée de son autorité et qu'elle est toujours en état de connaître dans son conseil *de toutes sortes de différends entre toutes sortes de personnes.* »

Et un arrêt du 8 juillet 1861 émanant du conseil du roi (Guillard p. 171) prouve bien cette supériorité du Conseil sur les autres juridictions et sa puissance considérable.

L'intendant — Toutefois la justice administrative était rendue aussi par les intendants : leurs attributions étaient en quelque sorte une délégation des pouvoirs des conseils du roi ; ils les exerçaient en premier res-

sort et sous le contrôle supérieur du Conseil : ils avaient des attributions très étendues.

Confusion des pouvoirs. — La conclusion de tout ceci, c'est que le roi en son Conseil avait en matière contentieuse les pouvoirs les plus absolus.

Il n'y a pas eu sous l'ancien régime de règle rationnelle de démarcation entre le contentieux administratif et le contentieux judiciaire. En outre, le roi décidant toujours lui-même en son Conseil, et tout recours en matière de juridiction administrative aboutissant à lui, on peut affirmer que l'ancien régime n'a connu aucune différence entre le recours contentieux et le recours gracieux ; ou plutôt, en matière administrative, tous les recours étaient des recours gracieux, car le roi réunissait à son pouvoir de juridiction et au pouvoir exécutif le droit de faire la loi. Il résultait de cette confusion des pouvoirs que la juridiction administrative « se trouvait au-dessus des lois, qu'elle était libre de ne jamais appliquer. » Il faut pourtant atténuer cette affirmation de Guillard, l'historien du conseil du roi, l'arbitraire à cette époque trouvant une limite dans la coutume et dans les lois fondamentales du royaume.

Il suit de cela que l'ancien régime confondait les deux notions d'acte administratif, soumis à la juridiction administrative, et d'acte gouvernemental qui, échappant à tout recours contentieux, n'est, selon la jurisprudence actuelle, que susceptible d'un recours purement gracieux. En effet, cette distinction était inutile ; le roi,

auteur de l'acte, en eût été le juge ; et, « son privilège ordinaire était de ne juger jamais quand il ne le voulait pas ». (Laharpe cité par Dareste, p. 95).

« Lorsque, par mesure politique, certains biens étaient sequestrés et mis sous la main du roi, la connaissance de toutes contestations à naître était ordinairement réservée au Conseil du roi, sur l'avis des intendants ; ou même aux intendants en première instance, sauf appel au Conseil » (Dareste, p. 129). C'est ainsi qu'un arrêt du Conseil du 22 janvier 1724 donna compétence aux intendants d'Alsace et de Franche-Comté pour statuer sur les difficultés nées par suite du sequestre de la principauté de Montbéliard.

De même, les contestations relatives à la régie des biens des religionnaires protestants, qui, après la révocation de l'édit de Nantes en 1685, avaient été mis sous-sequestre, furent attribuées à la juridiction de l'intendant en vertu d'une série d'arrêts du Conseil, allant de janvier et mars 1688 au 1^{er} janvier 1779 (Dareste, p. 159).

L'individu était donc entièrement livré à l'arbitraire royal.

Période révolutionnaire.

1^o *Droit intermédiaire*. — Y a-t-il un recours contre les actes de puissance publique pendant la période du droit intermédiaire ? Non, aucune réclamation con-

tentieuse n'est admise soit devant des corps administratifs, soit devant des tribunaux judiciaires contre des actes d'administration impliquant une délégation de l'autorité publique. Selon la doctrine des assemblées révolutionnaires, le contrôle et le redressement des actes d'administration ne peut émaner que de l'autorité supérieure. Et on ne faisait pas de différence à cet égard entre le contrôle que cette autorité supérieure peut exercer d'office et celui qui est provoqué par les réclamations des tiers intéressés ; pas de différence non plus contre les réclamations fondées sur un intérêt lésé ou sur un droit méconnu. Dans tous les cas le seul recours est un recours à l'administration mieux informée ou à l'administration supérieure. (Lafer. I, p. 153 — Bequet, *Cont. ad.* n° 99).

Et quelle était l'autorité administrative qui, en définitive, sur la réclamation d'un tiers, pouvait réformer l'acte administratif soit pour illégalité, soit pour inopportunité ?

Ce furent : le roi d'abord ; puis les ministres en Conseil d'Etat (1789-1792). Sous la Convention, les ministres en comité exécutif provisoire et ensuite les douze commissions qui les remplacèrent (1792 à 1795) ; Enfin les ministres avec la confirmation du Directoire (1795 à 1799). (Bequet, n° 99 ; Laferrière, p. 155.

Donc quelle que soit l'organisation du pouvoir exécutif pendant la période de 1789 à l'an VIII, ses attri-

butions restent les mêmes à l'égard des actes administratifs qui lèsent l'intérêt privé. C'est donc lui seul qui est compétent, qui peut les contrôler, les réformer, les annuler. Il n'y avait donc pas, à vrai dire, de recours contentieux : la violation d'un droit est traitée exactement de la même façon que la simple lésion d'un intérêt ; le recours gracieux seul existe, car la juridiction administrative est exercée par l'administration elle-même ; ici donc, encore, comme sous l'ancien régime, l'administration était à la fois juge et partie en cause.

Et, pour cette raison, jamais la période révolutionnaire n'a tenté de distraire du contentieux administratif certains actes administratifs en les déclarant actes de gouvernement. L'administration de cette époque n'avait aucun intérêt à agir de la sorte : le recours eût été purement gracieux, porté devant l'administration elle-même, mieux informée. Elle restait dans tous les cas libre d'appliquer la loi comme bon lui semblait. Ainsi il y avait des réclamations à propos d'actes administratifs inspirés par une mesure d'ordre politique qui étaient portés devant les corps administratifs : c'est ainsi que les lois du 1^{er} fructidor an IV et du 29 vendémiaire an IV donnent aux administrations collectives le contentieux des ventes des domaines nationaux.

N'ayant pas besoin de protection contre les tribunaux administratifs, le gouvernement était protégé contre les empiètements des tribunaux judiciaires par l'arme du conflit dont il abusait singulièrement à cette époque.

Bref, peu importait au gouvernement d'avoir à statuer comme juge ou comme administrateur puisqu'en définitive c'était toujours lui qui statuait.

La notion d'acte de gouvernement n'existait donc pas.

2° *Consulat et Empire*. — La distinction entre l'acte gouvernemental et l'acte administratif n'apparaît pas non plus après l'an VIII.

La loi du 28 pluviôse an VIII avait créé le Conseil d'Etat et le Conseil de préfecture ; elle avait délimité la compétence de ce dernier tribunal. Quant au Conseil d'Etat qui recevait des attributions d'ensemble, le règlement du 5 nivôse an VIII, art. 11, déclara simplement qu'il prononcerait sur les affaires contentieuses dont la décision était précédemment remise aux ministres. Or, le Conseil d'Etat de cette époque était surtout un corps politique et bien plus qu'aujourd'hui à la discrétion du gouvernement ; aucune forme de procédure ne lui était imposée pour connaître des affaires contentieuses qui lui étaient soumises ; au surplus il n'avait pas d'autre droit en matière contentieuse comme en matière purement administrative que de soumettre des projets de décret à la signature du chef de l'Etat.

Ici encore donc la théorie de l'acte gouvernemental n'était pas connue parce qu'il était tout à fait inutile pour le pouvoir exécutif de créer une sorte de domaine réservé où le contentieux ne put pas pénétrer.

Restauration et Monarchie de Juillet.

I. — *Origine de l'acte de gouvernement dans la pratique.* — C'est sous la Restauration qu'on trouve les premiers arrêts opposant aux plaideurs la fin de non recevoir tirée de la nature gouvernementale de l'acte. Comment naquit cette notion de l'acte gouvernemental ?

Déjà, sous la Restauration, le Conseil d'Etat ayant plusieurs années d'existence, la compétence de la juridiction administrative tendait à se préciser. Or, à cette époque, les hommes politiques, les hommes de droit et les corps judiciaires suscitèrent au Conseil d'Etat une opposition considérable. On avait contre lui d'ailleurs des griefs très graves : il abusait du conflit et le jugement des affaires contentieuses n'y offrait guère de garantie au citoyen. (De Cormenin *Conseil d'Etat, conseil et juridiction*, chap. III, Laferrière, I, p. 196, 197.)

« Mis aux prises avec une situation difficile, le Conseil d'Etat fut peu porté à étendre le domaine du contentieux administratif. Mieux que cela, il le restreignit. La jurisprudence de cette époque révèle beaucoup de timidité. Et les efforts faits par les avocats des parties pour appeler le contrôle du conseil sur les décisions administratives ayant le caractère d'actes de puissance

publique, loin d'être encouragés sont réprimés par cette jurisprudence. » Ainsi une série d'arrêts de 1822 à 1825 punit d'amende et de suspension l'avocat « *qui présente comme contentieuse une affaire qui ne l'est pas* ». Laferrière, t. I, p. 197.

En 1828 (mars), l'article resté célèbre de M. de Broglie, publié dans la *Revue Française*, proposait de remettre au gouvernement sous la responsabilité des ministres et le contrôle du Parlement, les réclamations formées contre les actes de la puissance publique. Laferrière, p. 198.

Le Conseil d'Etat trouvait dans cette proposition de M. de Broglie la confirmation d'une formule par laquelle il avait déjà répondu à quelques réclamations, à savoir : qu'il s'agissait d'actes souverains et non susceptibles d'être déférés au Conseil d'Etat par voie contentieuse (1).

Et le Conseil d'Etat eût même pu appuyer la théorie naissante sur l'article 14 de la charte qui donnait au roi le droit de faire « les ordonnances nécessaires pour la sûreté de l'Etat ». Les ordonnances de juillet furent de véritables actes de gouvernement. C'était la mise en œuvre de la théorie que le second empire devait adopter plus tard. Il est curieux de remarquer que les premières applications de cette théorie provoquèrent une révolution.

1. Bequet, *op. cit.*, p. 241, not. 3.

2° *Jurisprudence*. — Bref, dans la pratique, une série d'actes administratifs étaient soustraits à tout recours. Toutefois la théorie de l'acte de Gouvernement n'est pas à cette époque aussi nette et aussi systématique qu'on le dit. La plus grande partie des arrêts de cette époque qu'on cite comme ayant adopté la théorie sont relatifs à des réclamations fondées sur des traités diplomatiques, ou à demandes en indemnités pour dommages causés par la guerre. Or, ces arrêts se bornent à déclarer « qu'à raison de ces faits aucune réclamation contentieuse ne peut s'élever ». Ils ne disent pas formellement pourquoi ces recours sont rejetés ; ils ne sont même pas motivés : ils n'établissent pas nettement la distinction entre l'acte administratif et l'acte gouvernemental.

Faits de guerre :

Conseil d'Etat	26 mars 1823
»	21 mai 1823
»	11 fév. 1824
»	10 août 1825
»	7 fév. 1834
»	7 août 1835
»	6 déc. 1836

Traités diplomatiques :

Cons. d'Et. cont.	5 sept. 1842
»	1 ^{er} fév. 1844

Toutefois, il y a des actes qui sont franchement dé-

clarés actes de gouvernement par le Conseil d'Etat et à ce titre soustraits au contentieux. Ce sont les arrêts politiques qui rejettent les réclamations des membres des familles ayant régné sur la France. Ces arrêts sont assez nombreux sous tous les régimes. On peut retrouver dans cette catégorie d'arrêts l'origine de la théorie qu'exposera plus tard la doctrine sous le second empire. La formule employée est celle-ci :

Considérant que ces questions se rattachent à des actes de gouvernement qui ne peuvent nous être déférés par la voie contentieuse.

C'est déjà la théorie de l'acte de gouvernement défini par le but politique de son auteur, qu'exposera la doctrine sous le deuxième empire.

Cons. d'Et. cont. 1^{er} mai 1822

Paris Cour d'app. 2 mars 1829

Cons. d'Et. cont. 5 déc. 1838

Cons. d'Et. cont. 22 août 1839

Donc la jurisprudence n'est précise que relativement à ces réclamations.

3^o *Doctrine*. — Jamais sous la Restauration et sous la monarchie de Juillet, cette théorie n'a été émise dans une assemblée législative. Et si nous passons en revue les publicistes éminents qui ont contribué à fonder le droit public en France, nous verrons qu'aucun d'eux n'a établi de distinction entre l'acte administratif et l'acte gouvernemental.

Quelques-uns d'entre eux admettent la distinction entre le Gouvernement et l'administration, mais sans lui faire produire aucune conséquence juridique. Cela ne les amène pas à créer une catégorie d'actes de puissance publique soustraite à tout recours contentieux.

Henrion de Pansey (*Autorité judiciaire*, 3^e édit., 1827, t. 2) divise le pouvoir exécutif en trois branches, page 291, il distingue nettement l'acte de gouvernement de l'acte administratif : « Est acte de gouvernement tout acte qu'exige le maintien ou le rétablissement des relations avec ses voisins. » Mais dans sa définition du contentieux administratif, p. 315, définition très vague d'ailleurs, il n'en exclut nullement les actes du gouvernement.

M. Ad. Chauveau (*Principes de compétence et juridiction administrative*, 1841) divise le pouvoir exécutif en pouvoir exécutif pur et en administration active. Mais il déclare n'attacher aucune importance à cette division doctrinale ; il consentirait à confondre les attributions du pouvoir exécutif pur avec celles de l'administration ; il ne maintient cette division que pour s'orienter, tome 2, page 3, observation 8.

Le baron de Geraudo (*Institutes du Droit Administratif*, 2^e édit. 1842), sépare théoriquement « l'administration civile du gouvernement politique de l'État » (tome I, p. 3) ; mais dans son *Exposé du contentieux administratif*, il n'en exclut nullement les actes dits aujourd'hui « gouvernementaux », t. 5, p. 311.

M. Foucart subdivise bien le pouvoir exécutif en gouvernemental, administratif et judiciaire (*Eléments de droit public*, 3^e édit., 1843, tome 1, page 123).

Mais quand il établit la théorie du contentieux administratif, pas plus que les auteurs précédents, il ne crée d'actes gouvernementaux (p. 267 à 274, tome 3).

D'autres auteurs n'ont même pas établi de distinction entre le gouvernement et l'administration ; d'autres ont presque expressément repoussé la conséquence juridique que la doctrine ultérieure devait tirer de cette distinction :

M. de Cormenin (*Droit administratif*, 1840) ; M. Lerat de Magnitot (*Dictionnaire de droit public*, 1836), MM. Blanche et Imbert (*Dictionnaire d'administration*), n'ont pas divisé en gouvernementaux et administratifs les actes de puissance publique.

M. Macarel (*Tribunaux administratifs*, 1828) donne des définitions qui excluent nettement la théorie actuelle : « Le gouvernement renferme dans sa sphère le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ; gouverner, c'est faire sanctionner la loi et pourvoir à son exécution. Administrer, c'est pourvoir à l'exécution des lois du royaume (page 2).

Enfin nous citerons ici encore deux auteurs qui, venus plus tard, restent dans la tradition de la doctrine française, en dépit de la théorie qui déjà avait trouvé place dans les débats parlementaires et dans la doctrine la plus récente.

M. Bouchené-Lefer (dans son *Droit Public et administratif*, 1831, tome I), confond entièrement le pouvoir exécutif tout entier avec l'administration. Il intitule son livre second : *Du pouvoir exécutif ou de l'administration* (tome I, p. 159). Il n'est donc pas étonnant qu'il ait dit plus tard dans ses « *Principes de droit Public et Administratif*, 1862 » que le recours pour excès de pouvoir était possible contre tous les actes des autorités exécutives ou administratives, p. 124.

Nous signalerons enfin M. Sevrigny (*Compétence en matière contentieuse administrative*, daté de 1865). Le mot acte de gouvernement est ici employé avec un sens bien spécial, mais non avec celui qui tendait à prévaloir à cette époque dans la doctrine et la jurisprudence (1865, *Théorie du but*). Il appelle acte de gouvernement le décret émanant des gouvernements antérieurs, contre lesquels d'ailleurs le recours est possible, dit-il, devant le Conseil d'Etat, tome I, p. 326.

Second Empire.

I. — *Doctrine*. — La théorie de l'acte de gouvernement partiellement appliquée par la jurisprudence jusqu'en 1848 n'était pas encore nette et systématique. Mais elle va, dès maintenant, être formulée dans les

assemblées parlementaires, dans la doctrine et dans la jurisprudence.

Elle fut nettement dégagée par M. Vivien, rapporteur à l'Assemblée Législative de la loi organique du 3 mars 1849 dans la partie de son rapport où il demandait le vote de l'article 47, correspondant à l'article 26, loi 1872, sur lequel se base actuellement toute la théorie de l'acte de gouvernement.

(*Rapport de Vivien*, Dalloz 1849, 4, p. 73-77; *Discussion*, art. 47, D. 1849, 4, p. 83).

M. Vivien, dans la discussion de l'article 47, dit: « La loi établit un recours indispensable et sans lequel la juridiction conférée à la section du contentieux eût été pleine de périls. En effet, la définition du contentieux proprement dit n'est pas toujours facile. Nous avons dit qu'il naissait au moment où un droit est méconnu. Mais la limite qui sépare les droits des intérêts n'est pas toujours certaine. D'ailleurs il est même des droits dont la violation ne donne pas lieu à un recours par la voie contentieuse. Dans un gouvernement représentatif, sous le principe de responsabilité, il est des circonstances où, en vue d'une grande nécessité publique, les ministres prennent des mesures qui blessent les droits privés. Ils en répondent devant le pouvoir politique. Les rendre justiciables du tribunal administratif ce serait paralyser une action qui s'exerce en vue de l'intérêt commun et créer dans l'Etat un pouvoir nouveau qui menacerait tous les autres. Les mesures

de sûreté générale, l'application des actes diplomatiques ne rentrent pas non plus dans le contentieux administratif bien que des droits privés puissent en être atteints. On ne saurait sans danger les livrer à l'appréciation d'une juridiction quelconque. »

Après l'affirmation de cette théorie devant l'Assemblée législative, la doctrine devait s'en emparer. Elle fut inaugurée par M. Gabriel Dufour (*Traité général de droit administratif*, 3^e édit. 1868, 2^e édit. 1856).

M. G. Dufour établit formellement la distinction entre les actes administratifs et les actes gouvernementaux : « ce qui fait l'acte de gouvernement, c'est le « but que se propose son auteur. L'acte qui a pour « but de défendre la société prise en elle-même ou « personnifiée dans le gouvernement, contre ses ennemis intérieurs ou extérieurs, avoués ou cachés, présents ou à venir, voilà l'acte de gouvernement ou la « mesure de haute police ».

« Le frein du chef de l'Etat, dans la sphère de ces « mesures suprêmes, ne peut être que la responsabilité « gouvernementale. Il n'a ni contrôle à subir, ni assistance à demander », p. 128, 3^e éd. t. 5.

Et M. Dufour ajoute que, au cas où des tribunaux judiciaires, dominés par la pression de l'opinion publique ou égarés par le sentiment du respect dû à la loi, seraient entraînés à affirmer leur compétence en matière d'actes gouvernementaux, le gouvernement

devrait se défendre non seulement par le conflit, mais aussi par la force, p. 130-131.

Cette doctrine paraît conforme au principe même du gouvernement impérial ; ce principe étant celui de la responsabilité de l'empereur devant le peuple, selon le sénatus-consulte de 1852.

Elle a le mérite d'être nette ; mais elle est absolue. Le critérium que propose M. Dufour permet de distinguer facilement l'acte de gouvernement de l'acte administratif proprement dit. Il suffit de savoir si l'auteur de l'acte a eu un *but* politique. La définition proposée par M. Dufour de l'acte gouvernemental peut servir de justification à n'importe quel abus de pouvoir. C'est le droit pour le gouvernement de se mettre au-dessus des lois toutes les fois qu'il combattra ses propres ennemis.

C'était là une doctrine redoutable pour la liberté des citoyens. M. Vivien, sans établir une formule aussi nette que M. Dufour, avait dans ses « *Etudes administratives* » (3^e éd. t. I, 1859) repris la thèse développée par lui en 1849 devant l'Assemblée Législative pp. 128-129.

2^o *Jurisprudence*. — Les deux auteurs s'appuient d'ailleurs sur la jurisprudence du Conseil d'Etat qui depuis quelques années était devenue plus précise. Au lieu des formules vagues qu'il employait sous les régimes précédents, le Conseil d'Etat disait alors : « Considérant que l'acte est un acte politique et de gou-

vernement : M. Dufaure fait justement remarquer que le Conseil d'État donne de la pour base à sa décision le résultat de son appréciation personnelle.

Mais cette jurisprudence s'affirma d'une manière très précise dans des espèces qui sont restées célèbres.

On en peut citer deux qui par leur importance sont dans le domaine de l'histoire :

1^o L'arrêt sur conflit du 18 juin 1852.

2^o L'arrêt au contentieux du 9 mai 1857.

Un décret du 22 janvier 1852 déclarait réunis au domaine de l'État les biens de la famille d'Orléans, provenant de la donation faite le 7 août 1830 par le roi Louis-Philippe à ses enfants. Cet acte politique eut des conséquences considérables. Louis-Napoléon s'appropriant une proposition de Jules Favre à la Constituante, prononça la nullité de la donation consentie à ses enfants par Louis-Philippe, la nullité de l'acceptation de la couronne pour éluder la dévolution de ses biens à l'État exigée par l'ancien droit royal. On dit dans l'opposition que c'était le premier vol de l'angle. Et ce décret déterminant une crise ministérielle : Marry, Fould, Rouher, Magne protestèrent par leur démission. (Eug. Olivier, *Revue des Deux-Mondes*, 15 février 1896). Il s'agissait là d'immenses évalués à près de 500 millions. L'arrêt sur conflit (18 juin 1851), refuse à l'autorité judiciaire (Jugement du tribunal de la Seine, 23 avril 1852 de droit de statuer sur la demande en revendication formée par les

princes d'Orléans contre le domaine de l'État. Or, le décret du chef du gouvernement avait été rendu « sous l'influence de hautes considérations politiques qui commandaient impérieusement de diminuer l'influence que donnait à la famille d'Orléans la possession d'immeubles évalués à 300 millions. Maigne, commissaire du gouvernement. » Et l'arrêté sur conflit déclara : « Considérant que le décret du 22 janvier 1852 est un acte politique et de gouvernement, dont l'exécution et l'effet ne peuvent être donnés à l'appréciation de l'autorité judiciaire », Dalloz 1852, J. p. 17.

C'était l'application de la théorie du but politique formulée par M. Dufour. Une autre application célèbre de cette théorie fut l'arrêt du 9 mai 1867 qui rejette comme non recevable le recours pour excès de pouvoir formé par le duc d'Aumale et par l'éditeur Michel Lévy, contre un arrêté du préfet de police et une décision du ministre de l'intérieur ordonnant la saisie de *l'Histoire des princes de Condé*, par le motif que « ces « mesures sont des actes politiques qui ne sont pas de « nature à nous être différés pour excès de pouvoir en « notre Conseil d'Etat au contentieux ». V. *Recueil Siray* 17, 2, 124, arrêt du Conseil d'Etat, Lebon 1867 p. 473.

Il suffisait donc à l'auteur de l'acte d'invoquer le but politique poursuivi pour que cette acte fût reconnu acte de gouvernement, et cela en dépit de la violation mani-

feste d'un droit privé, par exemple le droit de propriété.

Cette théorie très simple, mais très dangereuse ne recevait pas toutes les adhésions. Nous avons vu que M. Bouchené-Lefer (*Principes de droit public et administratif*, 1865) n'admettait nullement l'existence de cette catégorie d'actes de puissance publique.

M. Aucoc qui avait semblé admettre dans les premières éditions de son ouvrage la théorie entière soutenue par M. Vivien devait rectifier plus tard toute erreur possible.

Le second arrêt précité, celui du 9 mai 1867, donna lieu à des commentaires très divers. L'annotateur de Sirey, M. Choppin, déclara que l'administration n'est pas dispensée d'observer la loi lorsqu'elle prétend agir au nom de ces intérêts généraux de la société qu'on est convenu d'appeler les intérêts politiques. Cette note de M. Choppin aboutit nettement à la négation de la théorie de l'acte gouvernemental.

Mais un autre courant d'idées était établi dans la doctrine à propos de cette grave matière. M. Dareste en 1862 (*Justice administrative*), tout en admettant que l'acte de gouvernement ne pouvait donner lieu à aucun recours contentieux, réserve le droit pour les tribunaux judiciaires de garantir l'état civil, la liberté et la propriété des citoyens (p. 222). Le commissaire du gouvernement dans l'affaire du duc d'Aumale, M. Aucoc, n'hésitait pas à adopter cette théorie émise par M. Dareste. (Rapport Aucoc, Sirey 67, 3, 126).

De bons esprits comprenaient déjà tout le danger de cette théorie. Le caractère politique d'un acte ne paraissait pas suffisant pour mettre obstacle à la protection des droits individuels et on accordait ainsi à l'autorité judiciaire le droit de statuer à côté de l'acte en réparant les dommages apportés au droit privé par ces actes de puissance publique.

Ainsi donc le criterium de M. Dufour qui servait sous le second empire à justifier les plus graves abus d'autorité est laissé de côté par certains auteurs et sa portée était sérieusement atténuée par les autres.

Le Conseil d'État et les auteurs ont aujourd'hui condamné formellement cette théorie qui consistait à dire que l'acte accompli par le gouvernement dans un but politique était au-dessus de tout recours.

Cette théorie n'est pas cependant complètement effacée. Le pouvoir exécutif sous la 3^e République l'a toujours invoquée en sa faveur, non sans y avoir apporté une modification considérable. Toutefois la doctrine et la jurisprudence paraissent l'avoir définitivement repoussée.

CHAPITRE II

LES THÉORIES ACTUELLES

1^{re} partie. — Exposé de ces théories.

Actuellement nous nous trouvons en présence de deux théories : l'une est celle du gouvernement et l'autre celle de la grande majorité des auteurs et du Conseil d'État.

I

La théorie du Gouvernement.

Le gouvernement prétend que lorsque une impulsion ou une approbation est donnée à des actes du pouvoir exécutif par des votes du Parlement, ces actes sont transformés en actes de gouvernement et soustraits au contrôle de la juridiction administrative, et à toute contestation devant les tribunaux.

Un simple ordre du jour d'une chambre suffira donc,

à transformer en acte d'ordre politique et gouvernemental un acte quelconque du pouvoir exécutif. On dit que les actes du gouvernement approuvés par des ordres du jour formels des Chambres doivent être souverains comme les lois elles-mêmes.

Cette opinion a été exposée par M. Georges Graux dans un article de la *Revue Libérale* (février 1883) :
« quand les assemblées politiques sont indépendantes,
« quand la responsabilité ministérielle est sérieuse-
« ment organisée, un acte gouvernemental ne peut être
« accompli sans l'assentiment des Chambres et de la
« nation. Quand cet acte est ainsi sanctionné par un
« vote parlementaire, il ne diffère d'une loi qu'au point
« de vue de la procédure : il a précédé l'approbation
« législative au lieu d'avoir été accompli en vertu de
« cette approbation. V. aussi Graux, *Congrégations
religieuses devant la loi* p. 206-207.

Depuis 1870, le pouvoir exécutif s'est toujours réclamé de cette idée, quand il a voulu soustraire à un recours quelconque un acte de puissance publique. Des faits d'ordre politique qui eurent un certain retentissement donnèrent lieu d'invoquer cette théorie :

Le ministre de l'Intérieur et des Cultes, à propos des décrets du 29 mars 1880, qui ont prononcé la dissolution de congrégations religieuses non autorisées, soutenait devant le Tribunal des Conflits que ces décrets étaient des actes de gouvernement, échappant à tout recours

devant les juridictions administratives ou judiciaires, notamment parce qu'ils avaient été provoqués par un ordre du jour de la Chambre des députés du 16 mars 1880, ainsi conçu : La Chambre, confiante dans le Gouvernement, et comptant sur sa fermeté pour appliquer les lois relatives aux congrégations non autorisées, passe à l'ordre du jour. Et M. Ronjat, commissaire du gouvernement, disait dans ses conclusions : « Vous le voyez, Messieurs, les décrets du 29 mars présentent tous les caractères d'un acte de gouvernement, d'un acte de haute police, puisqu'ils ont été provoqués par un vote de la Chambre, ils ont été approuvés, ratifiés en tant que de besoin par le Sénat et par la Chambre des députés ». (D. 80. 3. 127).

C'était la première fois que cette opinion était émise devant une juridiction.

Le ministre de la guerre, en 1887, à propos de la radiation des princes d'Orléans et de Murat des cadres de l'armée, soutenait que le recours n'était pas recevable, les décisions attaquées devant le Conseil d'État ayant donné lieu à des débats devant les Chambres et à des ordres du jour favorables ; notamment à la séance du 13 juillet 1886, « la Chambre approuvant la conduite du gouvernement et confiante dans sa fermeté pour faire respecter les lois de la République, passe à l'ordre du jour » ; à la séance du 15 juillet « le Sénat approuvant la mesure prise par le Gouvernement, et confiant dans sa vigilance et dans sa fermeté pour faire observer les

lois de la République, passe à l'ordre du jour ».

« Ces deux votes de confiance, disait le ministre, en
« ratifiant les mesures prises par le ministre de la
« guerre, leur ont imprimé le caractère manifeste d'acte
« de Gouvernement. On ne saurait sérieusement mé-
« connaître, après l'approbation dont elles ont été l'ob-
« jet dans le Parlement, que ces mesures constituent
« non pas des mesures d'administration proprement
« dites, mais des actes de l'ordre exclusivement gouver-
« nemental et politique qui, à ce titre, ne peuvent être
« soumis au contrôle du Conseil d'État délibérant comme
« juridiction contentieuse » (cité par Laferrière II, p. 29.)

Enfin, en 1889, le préfet de police à Paris et les préfets en province, saisirent le manifeste que le Comte de Paris avait adressé aux maires de France, par la voie de la poste. Les particuliers contre qui cette saisie avait été faite, s'étant adressés aux tribunaux judiciaires pour obtenir une indemnité, le conflit fut élevé. Le ministre de l'Intérieur soutint devant le Tribunal des conflits que l'approbation des Chambres avait transformé cet acte en un acte de Gouvernement insusceptible de recours. D. 90, 3,65.

Le gouvernement, on le voit, invoque systématiquement cette théorie. Il est heureux de constater cependant que les arrêts du Conseil d'État et les auteurs les plus récents sont d'accord pour répudier la théorie du but politique.

Sous sa forme primitive, telle que l'exposait M. Dufour, cette théorie fut battue en brèche par la doctrine déjà sous le second empire. On sait les restrictions qui avaient déjà été faites par MM. Dareste et Aucoc, restrictions qui atténuaient singulièrement les conséquences de cette théorie.

Ce fut en 1875 que pour la dernière fois, cette théorie du mobile politique fut invoquée par le gouvernement sous sa forme première devant le Conseil d'Etat, à propos d'une décision par laquelle le ministre de la guerre avait rayé le prince Jérôme Napoléon de la liste des généraux de division. M. David, commissaire du gouvernement, déclara, dans des conclusions remarquables, que la « sphère des actes à laquelle appartient « la qualification d'actes de gouvernement, ne saurait « s'étendre au gré des gouvernants ; pour présenter « le caractère exceptionnel qui le met au-dessus de « tout contrôle juridictionnel il ne suffit pas qu'un acte, « émané du gouvernement ou de l'un de ses représentants, ait été délibéré en Conseil des ministres, ou « qu'il ait été dicté par un intérêt politique ».

Le Conseil d'Etat écartant la fin de non recevoir proposée par le ministre et tirée de la nature gouvernementale de l'acte, a admis le pourvoi et rejeté la demande par des motifs tirés du fond. D. 75. 3. 19. Conclusion de M. David.

Et la doctrine a été très nette au sujet de cette théorie du Second empire.

Aucoc. *Confér. sur droit adm.* T. I, 289.

Béquet. *Rép. général*, n° 285. *Content. adm.*

Hauriou. *Précis droit adm.*, n° 71.

M. Laferrière a dit : Il ne faut pas conclure que tout acte du pouvoir exécutif, inspiré par des considérations d'ordre politique et gouvernemental, soit par cela seul un acte de gouvernement contre lequel les citoyens n'auraient aucun recours d'ordre juridique. L'acte d'administration fait dans un but politique, ne cesse pas pour cela d'être un acte d'administration et de relever du juge administratif. Si, par exemple, des mesures illégales ou entachées de vices de forme étaient prises dans un but politique à l'égard de magistrats inamovibles, d'officiers propriétaires de leurs grades, de membres de la Légion d'honneur, de fonctionnaires auxquels la loi accorde des garanties particulières, les motifs politiques qui auraient inspiré les mesures administratives n'en feraient pas des actes de gouvernement, et n'empêcheraient pas qu'elles ne fussent susceptibles d'être déléguées au Conseil d'Etat pour excès de pouvoir. Laf. II. p. 31, *op. cit.*

D'énergiques réclamations s'élevèrent contre cette théorie, à propos des décrets du 29 mars 1880 sur les congrégations religieuses. Un anonyme disait dans la *France Judiciaire* :

« Il faut répudier la funeste doctrine de la supériorité absolue des actes de gouvernement sur les lois
« qui protègent la liberté des citoyens et le respect

« de leur droit de propriété. En ce moment nous
« combattons pour que les actes de gouvernement ne
« soient pas proclamés des lois et pour que dans le
« cas où ils sont vraiment l'exécution autorisée d'une
« loi, on déclare hautement l'impossibilité pour le gou-
« vernement d'être jamais juge de ses actes et le droit
« indélébile pour les citoyens d'être renvoyés devant
« un juge établi par la loi. Un magistrat. *France*
Judiciaire, 1^{re} partie, 1880-81, p. 6. En ce sens aussi,
Demolombe, *France Judiciaire*, 1879-80, p. 390,
tome 4, 1^{re} partie.

Cette théorie de l'acte de gouvernement expliqué par le mobile politique semble donc unanimement réprouvée. Toutefois parmi les membres du Conseil d'Etat, elle a peut-être encore conservé quelques adhésions. Les commissaires du gouvernement au Conseil d'Etat ne repoussent pas toujours avec netteté cette doctrine.

C'est ainsi que M. Gauvain, après avoir contesté l'application de la théorie des actes de gouvernement dans l'espèce qu'il examine (Conclusions sur l'affaire Sailhol, D. 1889, 3, 19) ajoute : « Qu'est-ce qu'un acte de gouvernement ? C'est celui qui est pris dans l'exercice des fonctions gouvernementales... Il est de la nature des actes de gouvernement de comporter une certaine solennité et d'être en même temps décisifs, péremptoires, en ce sens qu'ils font cesser la situation à laquelle on veut porter remède. Ils ont aussi

un caractère préventif... Ce sont des actes d'autorité et de commandement. Quand on oppose à un citoyen la théorie de l'acte de gouvernement, on se place en dehors et au-dessus des lois ». M. Marguerie (D. 88, 3, 105) ne la repousse pas non plus d'une manière bien précise.

Bref, sauf ces rares exceptions, la théorie du second empire est condamnée. La doctrine et la jurisprudence ne sont pas moins opposées à la forme nouvelle qu'à revêtue cette théorie en faveur du pouvoir exécutif. Il n'est pas d'auteur qui ait adopté l'idée que tend à faire prévaloir le gouvernement. Il en est peu qui la mentionnent, et s'ils le font, c'est pour la repousser. Laferrière *op. cit.* 11, p. 26. Anonyme *France judiciaire* 1880-1881 1^{re} partie p. 3. Bequet *Cont. adm.* 285.

Mais le Conseil d'Etat et le tribunal des conflits dans les cas célèbres dont il a été parlé se sont trouvés en face de cette théorie. Le gouvernement demandait à ces juridictions d'opposer une fin de non-recevoir aux réclamations des parties, en tirant argument de la nature gouvernementale de l'acte sujet à contestation qui avait été provoqué ou approuvé par ordre du jour des Chambres.

Dans l'affaire Cambon-Marquigny relative à l'exécution des décrets de mars 1880 (D. 80, 3, 121) ; dans l'affaire d'Orléans-Murat contre le ministre de la guerre (D. 88, 3, 105) le gouvernement invoquait à la fois

le mobile politique de l'acte et les ordres du jour approubatifs des Chambres, demandait qu'on écartât le pourvoi. Le tribunal des Conflits et le Conseil d'Etat passèrent outre au jugement du fond.

Mais ce sont surtout les décisions du tribunal des Conflits du 25 mars 1889 (*Gazette des Tribunaux* du 24 et du 27 mars) qui sont remarquables par la netteté de leurs motifs : « Considérant, dit le Tribunal des « Conflits, que la saisie ne change pas de nature par ce « fait que la mesure a été ordonnée par les Chambres ; « considérant que si le gouvernement a le devoir d'assurer la sécurité de l'Etat... il n'est investi à cet « égard que des pouvoirs que la loi lui donne. »

Donc les arrêts les plus récents de la jurisprudence et les interprètes les plus autorisés du droit public répudient énergiquement la théorie du mobile politique, sous quelque forme qu'elle se présente. On établit une tout autre théorie qui est en ce moment généralement acceptée.

Théorie de la doctrine.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour classer les actes du chef de l'Etat et de ses ministres

en deux catégories différentes : les actes gouvernementaux et les actes administratifs. L'acte gouvernemental diffère de l'acte administratif par sa nature intrinsèque ; il renferme l'idée de gouvernement et non d'administration : une distinction primordiale existe entre les attributions du pouvoir exécutif : ce sont les attributions gouvernementales et les attributions administratives. Le pouvoir exécutif s'analyse donc en deux pouvoirs bien distincts : le gouvernement et l'administration qui agissent dans deux sphères différentes : la conséquence est que les textes qui admettent certains recours à l'égard des actes de l'administration ne sont pas applicables aux actes du gouvernement.

Sans doute, le principe est facilement posé : mais il s'agit de définir exactement le domaine de ces deux pouvoirs, d'indiquer à quels signes on pourra reconnaître la nature de l'acte de puissance publique : bref, il faut établir le criterium indispensable pour distinguer ce qui est acte gouvernemental de ce qui est acte administratif.

Nous chercherons ce criterium dans les auteurs, qui d'ailleurs posent le principe comme indiscutable :

M. Aucoc dit : « Quand on distingue le gouvernement de l'administration on entend mettre dans une catégorie spéciale la direction des affaires auxquelles on réserve le nom de politiques. » Suit une énumération d'actes de gouvernement (*Conférences sur le Droit adm.*, t. I, n° 38-39).

M. Aucoc se contente donc d'une énumération. M. Laferrière (*Traité de la juridiction administrative*), dit : « *Administrer*, c'est assurer l'application journalière des lois, veiller aux rapports des citoyens avec l'administration centrale ou locale et des diverses administrations entre elles. *Gouverner*, c'est pourvoir aux besoins de la société politique tout entière, veiller à l'observation de la Constitution, au fonctionnement des grands pouvoirs publics, aux rapports de l'Etat avec les puissances étrangères, à la sécurité intérieure ». T. II, p. 33.

L'éminent auteur ne donne ici que deux définitions vagues. Quand et comment veille-t-on aux rapports de citoyens avec l'administration centrale ? Quand et comment pourvoit-on aux besoins de la société politique toute entière ?

M. Bequet prend à partie M. Laferrière à propos de cette définition et lui dit non sans raison « que la délimitation de la compétence des deux autorités, ainsi faite, est plus apparente que réelle. »

Et lui-même essaie d'indiquer l'idée générale qui lui sert de guide. Il commence par déclarer qu'il ne reconnaît le caractère d'acte du gouvernement qu'à ceux que les lois ou la constitution autorisent le gouvernement à faire (*Cont. adm.*, 299). M. Laferrière lui aussi enseigne que les autorités politiques ne peuvent pas, sous un prétexte quelconque, s'investir elle-même de pouvoirs que le législateur a oublié de leur donner :

« Si le devoir de vigilance du législateur n'a pas été
« complètement rempli, le bon ordre peut certainement
« en souffrir, comme il peut souffrir de toute erreur
« et de toute imprévision de la loi; mais il n'en résulte
« pas que les autorités publiques puissent s'investir
« elles-mêmes des pouvoirs que le législateur a omis
« de leur accorder. »

Et ces deux auteurs s'attaquent directement à la théorie du but politique telle que M. Vivien l'avait formulée devant l'Assemblée législative en 1849.

Or, comme le dit très bien M. Brémont, (*Revue de droit public* 1896), ceci paraît renverser complètement la théorie des actes de gouvernement. L'acte de gouvernement par sa nature même est soustrait à l'examen de tous les tribunaux. Or ces auteurs exigent pour qu'il y ait acte de gouvernement et, par conséquent, pour que les tribunaux soient incompétents, que le gouvernement se soit tenu dans les limites de ses pouvoirs légaux ; mais pour aboutir à un pareil résultat point n'est besoin de construire une théorie nouvelle qui lui donne l'apparence d'un résultat exceptionnel alors qu'il est au contraire absolument normal et qu'il découle de l'application des règles ordinaires. Même en matière purement et incontestablement administrative, il est certain que les particuliers n'ont aucun recours contentieux contre les décisions de l'autorité publique qui sont prises dans les limites légales ; et la raison en est évidente : c'est que la loi en donnant à l'administration l'autorisation

d'agir, valide et légalise d'avance les actes qui seront accomplis conformément à ses prescriptions. Les particuliers dont les intérêts sont lésés ne peuvent ensuite se plaindre que de la loi mais ils n'ont aucun reproche légitime à formuler contre celui qui ne fait que l'exécuter.

Nous n'oserions pas affirmer que les deux éminents auteurs que, très habilement d'ailleurs, M. Brémont surprend en contradiction avec eux-mêmes, aient eu l'intention de dire ce que ce dernier leur fait dire. Il n'en est pas moins vrai que ni l'un ni l'autre n'ont posé le criterium que nous cherchons et qui nous serait cependant indispensable pour définir d'une manière précise l'acte de gouvernement.

En dernier lieu enfin nous citerons M. Ducrocq. (Tome I, p. 87 et 88, 7^e édition. — Tome II, p. 19 et 22).

« Il ne faut pas confondre les actes d'administration qui seuls peuvent donner lieu au contentieux administratif avec les actes gouvernementaux... Ici se présente la distinction du droit constitutionnel et du droit administratif, du gouvernement et de l'administration ». (2 p. 19).

« Le gouvernement est la portion du pouvoir exécutif qui a pour mission de diriger le pays dans les voies de son développement intérieur et de ses relations extérieures, tandis que l'administration en est le complément et l'action vitale ». p. 28, t. I, 7^e édition.

Cette formule, il faut le reconnaître, est bien vague : on aperçoit sans doute une dissemblance confuse entre les deux termes qu'il s'agit de distinguer. Mais le criterium cherché n'existe pas et il serait difficile de savoir, en se basant sur cette définition, où finit le rôle du gouvernement et où commence celui de l'administration. On reprochait à M. Ducrocq de l'avoir si bien compris que pour bien déterminer les actes qu'il considérerait comme gouvernementaux son seul moyen était le procédé de l'énumération (Brémond, *Rev. droit public*, p. 31).

M. Ducrocq a voulu établir la base de la distinction d'une manière plus nette, dans son récent ouvrage (1898) : « Nous avons donné le criterium de distinction en disant que tout acte accompli en exécution d'une loi non constitutionnelle ne saurait avoir le caractère gouvernemental, rigoureusement restreint aux actes directement accomplis en exécution d'une disposition des lois constitutionnelles ».

M. Ducrocq ajoute que c'est là une « base scientifique et légale de distinction ». (2 p. 20, 7^e éd.). En effet, la ligne de démarcation est posée de façon très précise. Mais cette formule est singulièrement restrictive de la théorie des actes du gouvernement ; M. Ducrocq en effet par l'application de son criterium ne trouve plus à placer parmi les actes gouvernementaux que les actes intervenant pour l'exécution de traités diplomatiques (t. 2, p. 21) et ceux intervenant par suite des rapports du Président de la République avec les Chambres (t. 1,

p. 87). Il se trouve dans la nécessité d'éliminer tous les autres, et la longue liste très compréhensive qui est le plus souvent proposée est bien rétrécie. Nous reconnâtrons volontiers que ce système n'est pas dangereux ; mais il est réellement sans portée. A quoisert d'encombrer le droit public d'une théorie pour aboutir à ce résultat ? Au surplus, M. Ducrocq réserve, pour les particuliers lésés dans leurs droits, le recours devant les tribunaux judiciaires.

La seule utilité de la mise à part des actes du gouvernement est de les soustraire au recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'Etat. A ce point de vue la théorie de M. Ducrocq est juridiquement inutile : en effet, pour les actes qu'il désigne comme actes de gouvernement en vertu de son criterium, le recours pour excès de pouvoir est toujours écarté, très naturellement, en vertu des règles qui sont propres à ce mode de recours. Ceci apparaîtra plus clairement avec les explications ultérieures.

Or, ces savants auteurs nous donnent l'expression de l'opinion générale. Le criterium n'est pas trouvé et les auteurs les plus récents se contentent d'une simple énumération. On peut consulter M. Batbie, *Traité de droit public et administratif*, t. VII, nos 389-395 ; — Haurion, *Précis de droit administratif*, p. 190. — Marie, *Eléments de droit administratif*, p. 88. — M. Block *Dictionnaire de l'administration*, 1878, p. 15. — Simonet, *Traité élémentaire de droit public et admi-*

nistratif p. 126 (1^{re} éd.); on ne trouvera nulle part la ligne de démarcation nettement établie entre l'acte gouvernemental et l'acte administratif. Mais partout on trouvera acceptée la distinction dans le pouvoir exécutif de deux autorités : l'Administration dont les actes sont sujets à recours ; le Gouvernement dont les actes sont soustraits à toute juridiction contentieuse. Toute la doctrine affirme d'une façon catégorique que la nature intime des actes de ces deux autorités est bien différente. Cependant comme c'est là une matière qui, en droit administratif, manque de précision, les partisans de la théorie de l'acte de gouvernement qui paraissent s'entendre sur la définition ne sont plus d'accord sur les conséquences de cette théorie.

Divergences sur les conséquences de cette théorie.

On a déjà fait mention du courant d'idées, qui, par réaction contre la redoutable théorie du Second Empire, était né vers la fin de ce régime. Il a persisté et se maintient chez de nombreux auteurs.

Sans doute toute la doctrine admet que l'acte de gouvernement n'est susceptible d'aucun recours devant les tribunaux administratifs, ni à fin d'annulation, ni à fin d'indemnité : bref cette catégorie d'actes est soustraite au contentieux administratif.

Mais ces actes échappent-ils aussi à la juridiction

judiciaire ? C'est ici que se divisent les partisans de cette théorie de l'acte de gouvernement. Des auteurs prétendent que l'acte accompli par le pouvoir exécutif, dans la sphère gouvernementale, n'a pas d'autre contrôle à subir que celui des Chambres et de l'opinion publique. L'autorité judiciaire ne doit nullement en connaître, quand bien même ces actes porteraient préjudice aux droits individuels placés sous sa protection, Laferrière, II, p. 31.

Mais certains jurisconsultes ont essayé d'atténuer cette théorie. M. Dareste en 1862 (*Jurid. adm.* p. 222), déclara que les tribunaux judiciaires ne pouvaient être dépouillés du droit de protéger l'individu. M. Aucoc en 1867, étant commissaire du gouvernement dans l'affaire du duc d'Aumale s'empara de cette théorie et l'accentua plus tard dans une discussion doctrinale, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence* (1883, p. 266), où il déclare que, ayant invoqué cette théorie devant le Conseil d'Etat, le gouvernement renonçant à soutenir la validité de la saisie, a rendu le livre sans attendre l'issue d'un nouveau procès engagé devant le tribunal civil de la Seine.

Le Conseil d'Etat avait rendu en effet, dans cette affaire, une décision conforme à ce système en rejetant le pourvoi pour excès de pouvoir dirigé contre la décision ministérielle, par le motif que c'est à l'autorité judiciaire qu'il appartient de statuer sur l'action intentée par l'auteur et l'éditeur d'un livre frappé d'une

saisie administrative avant toute publication et retenu depuis lors par l'administration.

Et voici comment MM. Aucoc et Dareste formulent leur théorie : « Les tribunaux ne peuvent être dépouillés du droit de garantir l'état civil, la liberté, et la propriété des citoyens contre toutes voies de fait qui ne rentrent pas dans l'exercice des pouvoirs constitutionnels du Gouvernement ». *Conférence sur le droit administratif*, Aucoc 1^{re} édition, tome I, p. 379.

M. Glasson a adopté cette théorie, (*Rev. crit.* 1881 505); et aussi M. Ducrocq, (7^e édition 1898 tome 2, p. 19); tous deux acceptent la formule de M. Dareste.

Or, cette théorie qui est née du souci de protéger le droit individuel n'est pas acceptable. On ne veut pas évidemment donner à l'autorité judiciaire la possibilité d'annuler l'acte gouvernemental, mais on lui confie le droit de statuer à côté de l'acte et de maintenir le droit individuel qui a été violé : droit de propriété ou de liberté individuelle.

Or, il s'agit de savoir si cette idée de MM. Dareste et Aucoc, très restrictive de l'autorité gouvernementale et qui enlèverait à la théorie de l'acte de gouvernement presque tout son danger, est susceptible d'application selon l'interprétation actuelle de notre droit public.

Il nous semble que non pour deux raisons principales :

a) D'abord c'est que toutes les fois qu'un avocat

voudra soutenir cette théorie devant un tribunal judiciaire, ou bien celui-ci se déclarera incompétent ou bien le tribunal sera dessaisi par le conflit. Voici en effet, la situation qui le plus souvent se présentera : Le citoyen lésé dans son droit par un acte de puissance publique demandera la réparation du dommage ou le maintien de son droit au tribunal judiciaire. Pour cela, il lui faudra discuter la légalité de l'acte gouvernemental et les tribunaux ne sont pas compétents pour l'apprécier.

Il est pourtant impossible de réclamer par voie d'action contentieuse une réparation ou le maintien d'un droit si on ne peut se prévaloir d'une illégalité corrélative. Le tribunal judiciaire incompétent, en principe, pour connaître de la légalité d'un acte de puissance publique, se déclarera incompétent ou sera dessaisi par le conflit. (*Affaire Cambon-Maquigny*. D. 80. 3. 121).

Les partisans de cette intervention de l'autorité judiciaire n'iront pas jusqu'à soutenir que le conflit, toujours possible lorsque les tribunaux ont à apprécier un acte administratif, ne peut être élevé quand il s'agit d'actes gouvernementaux. Pourtant ce serait le seul moyen de donner une portée pratique à leur système.

Et alors quel sera le résultat définitif de cet essai de protection du droit individuel ? C'est que l'individu lésé dans son droit sera dans la même situation qu'avec la simple théorie de l'acte de gouvernement. Toutes les

juridictions se fermeront successivement devant lui. D'abord la juridiction civile lui sera fermée par la voie du conflit ; ensuite le Conseil d'Etat le déboutera de sa réclamation à raison de la nature gouvernementale de l'acte et le déni de justice n'en sera que plus apparent. Affaire d'Aumale : 1^o Tribunal civil. D. 66. 1, 49 ; 2^o Conseil d'Etat. D. 67, 3. 49.

b) On pourrait en second lieu se demander si les partisans de cette idée sont bien logiques avec le principe même de la théorie de l'acte gouvernemental. Cet acte spécial est soustrait à la juridiction administrative qui, par sa nature même, est plus protectrice de droits de l'Etat que de ceux de l'individu. *A fortiori*, doit-on le soustraire au contrat de la juridiction judiciaire dont la fonction habituelle est de protéger, à l'encontre de toutes les violations, les droits des individus ?

L'exposé des théories actuelles relatives à l'acte du gouvernement est achevé. Le Gouvernement se réclame d'une idée précise mais dangereuse ; quant à la doctrine, nous avons vainement cherché dans ses représentants les plus autorisés, le principe même sur lequel elle essaie d'établir la distinction en deux classes des actes de puissance publique. On s'efforcera de prouver qu'aucune d'elles n'a de fondement sérieux ni en raison, ni en droit.

2^e partie. — Réfutation des théories actuelles.

I

Réfutation de la théorie du Gouvernement.

Cette théorie attache aux ordres du jour votés par les assemblées composant le Parlement l'effet d'attribuer aux actes accomplis en conformité de ces votes le caractère d'actes de gouvernement.

Sous un régime parlementaire où la responsabilité est sérieusement organisée et où le gouvernement doit incessamment rendre compte de sa conduite aux Chambres, cette idée devient un très sérieux palliatif de la théorie émise et pratiquée sous le Second Empire. Néanmoins elle n'en constitue pas moins une erreur au point de vue juridique et un danger pour les libertés publiques.

a). Que sont ces ordres du jour, ces motions, ces approbations de chaque assemblée qui déterminent le gouvernement à agir ? Juridiquement, ces actes parlementaires n'ont pas de valeur. Selon le principe de la responsabilité ministérielle, ils décident du sort d'un cabinet ; mais une juridiction quelconque n'a pas à s'en préoccuper. Toutes les constitutions ont soin de préciser les formes dans lesquelles doivent intervenir les

délibérations des assemblées, leurs décisions, et les conditions dans lesquelles celles-ci doivent être promulguées pour avoir force de loi et pour créer des droits et des obligations à l'égard des citoyens. La loi est faite par les deux Chambres, avec deux lectures et des corrections de l'une et l'autre Chambre. L'ordre du jour est voté par l'une des Chambres seulement sans aucune des garanties constitutionnelles que présentent les lois ordinaires. Or, la théorie que nous examinons découle d'une erreur juridique, elle assimile l'ordre du jour à une vraie loi. L'ordre du jour dit aux ministres quelle ligne de conduite ils doivent tenir pour conserver la confiance de la majorité, mais il n'ajoute rien aux droits qui appartiennent à ces ministres en vertu de la constitution et de la législation.

Il faut ajouter que cette théorie gouvernementale aboutit à une véritable confusion de pouvoirs. Les actes de puissance publique, dits actes de gouvernement, sont accomplis par le pouvoir exécutif dans l'exercice des fonctions qui lui sont propres. Le principe impérieux de la responsabilité ministérielle fait que le Parlement contrôle le pouvoir exécutif : « mais le principe non moins formel de la séparation des pouvoirs s'oppose à ce que les actes du pouvoir exécutif conseillés ou approuvés par les Chambres, soient censés émanés d'elles, dans des matières où elles ne possèdent pas le droit d'action et de décision » (Laferrière, t. 2, p. 27, *op. cit.*).

b) Et si nous quittons le terrain des principes où cette théorie nous apparaît fausse, nous verrons qu'elle est aussi très dangereuse. Le Parlement habituellement a le souci d'intérêts généraux et par cela même il ne peut être constitué le gardien de droits privés. Les Chambres, en effet, sont des assemblées politiques ; elles sacrifieront volontiers le droit des particuliers à la crainte d'ouvrir une crise ministérielle. Le gouvernement sera absous de tout acte incriminable par le souci qu'a la majorité de maintenir la stabilité gouvernementale.

En outre pourquoi ne pas redouter l'injustice et l'esprit de parti ? Il ne s'agit ici que d'un simple vote approuvatif de la politique ministérielle. La raison politique a motivé l'entreprise illégale, elle motivera aussi l'absolution du gouvernement. Et le débat qui naîtra dans le Parlement sera pour le Pouvoir exécutif l'occasion solennelle d'un de ces ordres du jour approuvatifs qu'inspirent seuls les entraînements et les idées de la politique du moment.

Si d'ailleurs la majorité se décide par des considérations juridiques et fait passer le droit du particulier avant les intérêts de premier ordre qui lui sont confiés, il y a crise ministérielle. Soit ; mais un ordre du jour de blâme n'est pas une décision légale, il n'a ni le pouvoir d'annuler l'acte blâmé ni le droit de le conférer à la juridiction compétente.

Enfin, pourquoi ne pas le dire ? Le gouvernement

n'hésitera pas peut-être à travestir la pensée des Assemblées parlementaires. On a vu des cas où le gouvernement obtenait dans une Assemblée le vote de confiance en réservant le recours devant le Conseil d'Etat; il s'efforçait ensuite de dessaisir le Conseil d'Etat en s'appuyant sur le vote de cette Assemblée. Ainsi, comme on l'a vu, le ministre de la guerre se réclama de la théorie gouvernementale devant le Conseil d'Etat à propos de l'affaire des princes d'Orléans et Murat en 1887 (20 mai). Or, les votes des deux Chambres n'avaient pas dans la pensée de la majorité qui les avaient votés la portée que le ministre de la guerre leur attribuait dans ses observations sur le pourvoi. De l'aveu du gouvernement et de la majorité le droit des intéressés de porter la question de légalité devant le Conseil d'Etat était réservé. M. Sarrien, ministre de l'Intérieur répondait à M. Chesnelong en ces termes : « Le duc d'Aumale avait le droit de se pourvoir devant le Conseil d'Etat qui aurait décidé si M. le ministre de la guerre avait fait ou non un usage abusif de la loi ; mais il n'a pas voulu suivre cette voie, la seule correcte et loyale ». Quelques instants après, le général Boulanger, ministre de la guerre, informait le Sénat que la cause était pendante devant le Conseil d'Etat et ajoutait : « C'est lui qui décidera si le ministre de la guerre ou plutôt le gouvernement a bien ou mal interprété la loi d'expulsion ». Les déclarations ministérielles, qui ne trouvèrent pas de contradiction, ne laissaient aucun

doute sur l'ordre du jour de confiance voté en réponse à l'interpellation. On sait néanmoins l'usage qu'en fit le gouvernement (V. *Journal officiel*, séance 15 juillet 1886, Sénat, p. 1095, 1101).

Aussi la jurisprudence a-t-elle soigneusement écarté, et avec raison, la théorie gouvernementale. D'ailleurs les motifs juridiques qui seront invoqués contre la théorie de la doctrine actuelle atteignent la précédente. Ils sont aussi concluants contre celle-ci puisqu'ils aboutissent à l'inexistence des actes gouvernementaux.

II

Réfutation de la théorie courante.

Elle consiste à dire que le Gouvernement et l'Administration constituent deux *pouvoirs* bien distincts ayant leurs fonctions, leurs attributions propres : toutefois ces pouvoirs différents sont remis aux mêmes mains : « nous constatons itérativement que le pouvoir exécutif gouverne et administre à la fois, ce qui peut expliquer, sans la légitimer, la confusion du Gouvernement et de l'Administration contre laquelle nous nous élevons ». (Ducrocq, 7^e éd. I, p. 29).

On ne peut pourtant pas faire abstraction du point de vue juridique. En admettant que la doctrine ait péremptoirement démontré que cette subdivision du pouvoir

exécutif en deux autorités est la meilleure et que rationnellement elle s'impose, cela ne suffit pas pour lui faire produire des conséquences juridiques. Il s'agit de savoir si le législateur l'a mise dans le droit positif français ou du moins s'il a voulu l'y mettre, laissant ensuite à la doctrine le soin de la dégager. Bref, il s'agit de savoir si elle est écrite dans la législation française ou si elle y est implicitement renfermée; et surtout s'il n'y a pas incompatibilité entre les textes fondamentaux ou des textes spéciaux de notre droit public et cette théorie.

A. — *Gouvernement et Administration : terminologie.*

Chacun de ces mots est employé dans des sens très variés.

Ainsi pour le mot Gouvernement; Comme le dit M. Block (dans son *Dictionnaire de l'Administration*, p. 19): « le sens du mot Gouvernement n'est pas encore fixé par l'usage. Selon la plupart des auteurs, le Gouvernement est la direction supérieure de l'Etat, de l'Administration et de la Justice; c'est plus que le pouvoir exécutif; d'autres considérant gouvernement purement et simplement comme synonyme du pouvoir exécutif, le pouvoir judiciaire non compris. Une troisième manière de voir consiste à entendre par gouvernement la

puissance publique tout entière, renfermant le pouvoir législatif et exécutif. En politique le terme de gouvernement prend volontiers un sens un peu vague, favorable à certaines natures de discussion ».

Et le mot administration n'a pas moins de significations diverses.

Quelquefois en droit administratif il est synonyme du mot gestion; d'autres fois il s'oppose à ce même mot et il comprend alors les attributions de puissance publique contentieuses ou non contentieuses. Le mot administration signifie aussi toute attribution non contentieuse, aussi bien celle qui ressortit à la puissance publique que celle qui ressortit à la personne privée des établissements publics.

On désigne enfin sous le nom d'*administration* l'ensemble des personnes qui dans toute société civilisée ont plus spécialement pour mission de veiller à la satisfaction des intérêts généraux.

Les acceptions multiples de ces deux mots ne servent certainement pas à éclaircir la langue administrative qui est peut-être un peu pauvre. Mais enfin nous laisserons de côté ces significations de pure convention que les auteurs emploient au fur et à mesure des matières qu'il traitent.

Nous savons que les auteurs opposent ces deux termes l'un à l'autre au point de vue spécial qui nous occupe et c'est la raison de cette opposition qu'ils n'ont pas trouvée. Peut-on dire que les mots : gouvernement,

administration aient une valeur technique propre ? Il nous semble, au contraire, et nous en trouverons la preuve dans l'étude des principes généraux et des textes, que lorsque l'Etat se manifeste en tant que puissance publique, administration et gouvernement constituent une seule et même chose. Au surplus, si l'on voulait créer une terminologie précise et faire donner à l'opposition de ces deux termes des résultats juridiques, il n'y aurait pas d'inconvénient à ce qu'on conservât le terme : acte de gouvernement. Ce mot désignerait alors tout acte de puissance publique, par opposition à acte d'administration qui désignerait tout acte de gestion. Ainsi disparaîtrait la dissemblance indécise qui existe entre ces deux termes et qui empêche d'établir une classification précise des pouvoirs publics.

B. — *La théorie courante trouve-t-elle sa base dans des textes ?*

I. — *La distinction entre le Gouvernement et l'Administration vient-elle des textes fondamentaux du droit public ?*

On crée des actes gouvernementaux soumis à des règles spéciales : et l'existence de ces actes est basée sur la notion d'un pouvoir gouvernemental considéré comme pouvoir bien distinct.

Pour une bonne partie de la doctrine l'existence de ce pouvoir gouvernemental bien distinct ne fait aucun doute et résulte des principes généraux du droit public. Il faut remonter ici au principe de la séparation des pouvoirs. Or ce principe n'est pas demeuré dans le domaine de la pure spéculation : il a été écrit et développé dans des textes de loi par des Assemblées législatives. Il n'appartient donc pas exclusivement aux théoriciens de la science politique. Il y a donc au point de vue du droit positif français des textes qui expriment les traditions de notre droit politique relativement à ce principe. Et ce ne sont pas là des phrases éparses dans la législation, des textes de médiocre valeur. C'est tout un corps d'idées qui se tient avec une complète unité depuis la Révolution. Il y a donc relativement à la classification des pouvoirs ainsi faite par le législateur, toute une tradition légale très solide. Des voix nombreuses se sont élevées contre cette division légale des pouvoirs ; on a pu en proposer d'autres quelquefois plus ingénieuses ou plus parfaites. Au point de vue juridique on n'y a rien pu changer.

Au nombre de ces propositions doit compter celle que présentait M. Foucart, tome 3, p. 121, 3^e édit. et qui a été reprise, avec M. Ducrocq (t. 1, n^o 32), par une partie de la doctrine (St Girons, *Séparation des pouvoirs*, p. 135). Elle consiste à dire : les pouvoirs publics se divisent en pouvoir exécutif et en pouvoir législatif.

Le pouvoir exécutif se subdivise lui-même en trois

autorités : l'autorité gouvernementale, l'autorité administrative et judiciaire. Nous n'avons pas à nous préoccuper ici de savoir s'il y a réellement deux ou trois pouvoirs. Ceci n'a rien à voir avec notre thèse. Cependant nous serions tentés de dire que ces auteurs, tout en affirmant qu'il n'existe que deux pouvoirs, en créent en réalité quatre, chacun parfaitement séparé et protégé dans l'exercice de ses fonctions contre l'ingérence des autres. Bref, la conclusion de ce système de division des pouvoirs, c'est que l'autorité gouvernementale étant, selon les principes, séparée de l'autorité administrative, les règles spéciales appliquées aux actes gouvernementaux sont naturellement justifiées.

Cette classification des pouvoirs publics ainsi présentée par M. Ducrocq est sans valeur juridique. Elle est contraire au droit positif français. La doctrine traditionnelle de l'Assemblée Constituante et des assemblées politiques françaises pendant tout le siècle n'a jamais été de subdiviser ainsi le pouvoir exécutif et par suite d'admettre des règles spéciales pour les actes émanant de ces prétendues autorités. Les citations à faire pour prouver ceci sont d'un choix facile et tout à fait décisives.

La loi des 16-24 août 1790 sépare l'autorité administrative de l'autorité judiciaire : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront à peine de forfaiture troubler les opérations des corps administratifs ». Les partisans de la division des pou-

voirs précédents pour être logiques avec leur système devront prendre le mot *fonctions administratives* dans son sens étroit, en excluant les fonctions gouvernementales. Mais non moins logiquement nous en déduirons que les tribunaux qui ne peuvent, à peine de forfaiture, troubler les fonctions administratives, peuvent parfaitement s'immiscer dans les affaires du gouvernement. Était-ce là l'intention de l'Assemblée Constituante ? c'est inadmissible ; dans cette même loi un texte défend aussi aux juges d'empiéter sur les fonctions législatives : aucun ne défend leur ingérence dans les opérations gouvernementales. Et ce texte si connu a été repris par l'Assemblée elle-même et est passé mot pour mot dans la Constitution de 1791 art. 3 chapitre 5 titre III (Tripiér, Constitution, p. 50).

Or ces textes qui sont les principes fondamentaux du droit public sont extrêmement importants. Ne faut-il pas en conclure que l'Assemblée Constituante n'a jamais eu l'idée de diviser le pouvoir exécutif en autorité gouvernementale et autorité judiciaire et qu'elle a, au contraire, confondu indistinctement les actes gouvernementaux et les actes administratifs en une seule catégorie d'actes qu'elle nomme opérations administratives.

Et toutes les constitutions postérieures de la période intermédiaire sont absolument conformes à la précédente. On peut consulter à ce propos la Constitution de l'an III, aux titres 5 et 8 ; et la Constitution de l'an VIII du titre 2 au titre 5.

Or, à partir de 1814, jamais aucune constitution n'a fait allusion à une distinction quelconque entre les attributions gouvernementales et les attributions administratives. Il est vrai de dire que toutes ces constitutions se sont contentées de considérer comme quelque chose d'intangible dans le droit public français les principes essentiels posés par l'Assemblée Constituante. Elles se contentent de faire un rappel sommaire des principes généraux qui sont implicitement admis sans discussion. C'est ainsi que la Constitution de 1875 ne parle même pas du principe de la séparation des pouvoirs. On peut consulter les textes de toutes nos constitutions : ni dans celles de 1814, 1830, 1848, 1852, ni dans celle de 1875 on ne trouve un mot relatif à la distinction de l'Administration et du Gouvernement.

L'Assemblée Constituante et toutes nos constitutions ignorent donc cette distinction et les lois de la Constituante ne défendent l'empiètement des tribunaux que dans les opérations administratives. La sanction de cette défense se trouve dans le Code pénal, à l'art. 127 où la peine applicable est la dégradation civique. Or, le Code pénal ne parle lui aussi que « d'autorité administrative » et « d'administration ». Il faut donc faire remarquer ici aux partisans de la subdivision du pouvoir exécutif en Gouvernement et Administration qu'il y a dans le code pénal une grave lacune : le juge, en effet, ne sera jamais puni pour cause d'immixtion dans les matières à attribuer à l'autorité gouvernementale.

M. Ducrocq (p. 29, tome I, 7^e édit.) pour étayer sa théorie argue d'un texte spécial qui semble distinguer avec netteté le fait de gouverner de celui d'administrer.

« Considérant, dit le préambule du décret de décentralisation du 25 mars 1852, que si l'on peut gouverner de loin, ou n'administrer bien que de près ».

Mais l'opposition de ces deux mots, ainsi mise à la tête du décret de décentralisation ne fait que confirmer la distinction que nous avons essayé d'établir entre le Gouvernement et l'Administration. Et puis que vaut ainsi ce texte isolé contre un corps de doctrine résultant d'un ensemble de textes fondamentaux parfaitement concordants ? Il faut ajouter, au surplus, que ce texte aboutit à une conséquence insoutenable : dès lors, en s'appuyant sur ce texte de décentralisation, sera acte de gouvernement tout acte émanant du pouvoir central.

Cette rapide revision de textes nous paraît avoir déjà changé le principe. Il nous paraît péremptoirement démontré que selon le droit positif, cette notion du pouvoir exécutif divisé en deux branches bien distinctes est sans valeur juridique. Reste à voir si des textes spéciaux ne viennent pas faire exception au principe ainsi posé d'après l'ensemble du droit public français.

N'existe-t-il pas des textes isolés qui, d'une manière formelle ou implicite, créent une catégorie de matières gouvernementales soumises à des règles particulières, c'est-à-dire soustraites à tout recours contentieux ?

2. — *La distinction entre le gouvernement et l'administration vient-elle de textes spéciaux?*

a) Nombre d'auteurs tiennent ce raisonnement : toutes les lois qui établissent la compétence du Conseil d'Etat en matière de contentieux lui accordent compétence en matière de *contentieux administratif seulement*.

M. de Belbœuf qui dans ses conclusions devant le Conseil d'Etat sur l'affaire Jecker, 18 novembre 1869, disait : le requérant (M. Choppin, avocat, déjà cité) allègue qu'il n'existe aucun texte de loi qui permette de distinguer entre les faits de l'ordre administratif et ceux de l'ordre gouvernemental. Sans remonter aux actes constitutifs du Conseil d'Etat depuis son rétablissement par la constitution de l'an VIII, la loi du 15 janvier 1849 dispose : Le Conseil d'Etat statue en dernier ressort sur le contentieux administratif ; et le décret organique du 22 janvier 1852, article 1^{er} : Le Conseil d'Etat propose les décrets qui statuent sur le contentieux administratif ». A ces citations de textes la doctrine actuelle ajoute l'art. 9 de la loi du 24 mai 1872 : le Conseil d'Etat statue souverainement sur les recours en matière contentieuse administrative et sur les demandes formées... contre les autorités *administratives* ». Et M. de Belbœuf ajoutait : « Toujours, vous le voyez, la même expression : le contentieux administra-

tif. A défaut d'une définition légale il n'est pas téméraire d'affirmer que le législateur, en présence d'une jurisprudence semi-séculaire, a entendu la notion du contentieux administratif dans le même sens que cette jurisprudence. S'il avait voulu comprendre dans le contentieux administratif les actes accomplis dans la sphère gouvernementale, alors que le recours contre ces actes en avait toujours été exclu, assurément il n'aurait pas manqué de le dire ».

Cet argument a été repris par de nombreux jurisconsultes parmi lesquels nous citerons MM. Garsonnet (*Cours de procédure*, t. I, p. 2) ; Glasson (*Rev. crit.* t. 48, p. 504) ; Ducrocq (7^e édit. *Cours de droit adm.* t. I, p. 87, t. 2, p. 20) ; Simonet (p. 126, *Droit adm.*). Il consiste donc à dire que le Conseil d'Etat, n'ayant que le contentieux administratif, n'a pas le contentieux gouvernemental ; que la preuve en est dans le silence des lois attributives de compétence au Conseil d'Etat : le législateur s'obstinant à n'accorder de compétence à cette juridiction que relativement aux matières administratives, a par cela même implicitement soustrait les matières gouvernementales à tout recours.

Pour admettre un pareil raisonnement, il faudrait prouver d'abord la distinction entre le Gouvernement et l'Administration qui est acceptée *a priori* par la doctrine actuelle.

Il nous semble en outre qu'il y a une bien simple raison pour laquelle le législateur a employé avec per-

sistance ces mots : contentieux administratif : c'est qu'il a voulu le distinguer du contentieux judiciaire. Quant à dire que le législateur avait par son silence implicitement confirmé la jurisprudence du Conseil d'Etat, c'est là une affirmation gratuite. Pourquoi le législateur n'aurait-il pas fait rentrer toutes les attributions exécutives dans ce mot : *Matière contentieuse administrative*? Où est-elle donc cette définition du contentieux administratif, bien précise, bien définitive à laquelle aurait songé le législateur dans la rédaction de ces divers textes. Et puisque, nulle part, ni dans la loi, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, on ne trouve la délimitation exacte de ce qui s'appelle : le contentieux administratif, pourquoi dire que la loi a tracé cette délimitation par simple référence alors que, ne sachant peut-être pas la tracer, elle a volontairement évité de le faire?

Cet argument de texte nous paraît donc insuffisant pour édifier la théorie de l'acte de gouvernement.

Il est vrai que beaucoup d'auteurs attribuent une bien autre importance à un texte spécial qui à lui seul serait la base de cette vaste théorie. Ce texte en effet est la pierre angulaire du système que nous combattons.

En tête de tous les exposés doctrinaux relatifs à l'acte de gouvernement, on le trouve. Il a par conséquent une importance considérable.

Or, ce texte ne dit pas ce qu'on lui fait dire; et en

dépôt des travaux préparatoires dont on l'accompagne, il n'a même pas eu l'intention de le dire. Il nous retiendra longtemps à raison de son importance. Ce texte est l'article 26 de la loi du 24 mai 1872.

b) *L'art. 26, loi 1872 :*

M. Laferrière, en tête du chapitre réservé aux actes de Gouvernement dans son beau livre sur la *Juridiction Administrative* dit :

« L'incompétence de la juridiction administrative à l'égard des actes de gouvernement est proclamée par les lois organiques du Conseil d'Etat, notamment par l'art. 47 de la loi du 3 mars 1849 et par l'art. 26 de la loi du 24 mai 1872 qui sont conçus en ces termes : « Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires portées devant la section du Contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. Toutefois ils ne peuvent se pourvoir devant cette juridiction qu'après que la section du contentieux a refusé de faire droit à la demande de revendication qui doit lui être préalablement communiquée. » Cette disposition a surtout en vue les actes de gouvernement ainsi que l'expliquait M. Vivien rapporteur de la loi organique de 1849.

Et l'éminent auteur cite un passage du rapport de M. Vivien où se formule nettement la théorie de l'acte de gouvernement. Cette partie du rapport aurait donc déterminé le vote de cet article. (V. plus haut, citation Vivien).

Chose singulière ! M. Laferrière à la base de sa théorie de l'acte de gouvernement met une théorie qu'il se voit plus tard dans l'obligation de réprouver. Cette citation de M. Vivien, qui est indispensable pour faire dire à l'article 46 de la loi 1849 tout ce qu'on veut qu'il dise, n'est pas autre chose que la théorie du but politique en honneur sous le Second Empire. Or, M. Laferrière, et avec lui toute la doctrine, définit l'acte du gouvernement par sa nature. Mais, puisqu'on veut utiliser cette partie des travaux préparatoires, on devrait donner à ce texte de loi toute la portée qu'il est censé avoir. Le texte voté sur ce rapport a donc inauguré dans notre législation la théorie du mobile politique : l'article 26, loi 1872 l'ayant repris, a continué cette théorie, et en ce moment même, selon ce texte et l'interprétation qu'on lui donne, nous sommes sous le coup de ce dangereux système.

Mais les théoriciens actuels, on le sait, repoussent cette théorie. Effrayés par des conséquences pareilles, ils veulent bien se servir des paroles de M. Vivien qui donnent à leur texte une valeur capitale, mais quand il faut définir l'acte de gouvernement ils en contestent l'autorité. N'y a-t-il pas là en quelque sorte une contradiction ?

Bref, nous retenons ceci : que si une théorie de l'acte de gouvernement existe et a une existence consacrée par un texte, c'est seulement la théorie émise

sous le Second Empire et non celle que la doctrine actuelle a forgée de toutes pièces.

Mais cette conclusion qui, on le sait, est loin de plaire aux éminents théoriciens déjà cités, n'a pas lieu d'être tirée, simplement parce que ce texte ne dit pas ce qu'on lui fait dire.

Prenons le texte lui-même : il donne aux ministres le droit de dessaisir la section du contentieux des affaires qui ne sont pas de sa compétence. N'y a-t-il donc que les affaires gouvernementales qui ne soient pas de la compétence de cette section ? Il y en a bien d'autres : Ce sont les affaires qui rentrent dans le contentieux judiciaire et dans la sphère de l'administration pure.

Les affaires du contentieux judiciaire d'abord : il y aurait donc ici possibilité d'élever le conflit devant le Conseil d'Etat, au profit d'un tribunal judiciaire : ce serait la réciprocité en matière de conflit. Cette manière de voir a été contestée en particulier par M. Boulatignier dans le dictionnaire de M. Blanche et Imbert (*Conflit* ch. IV). En fait, il est de toute évidence que le ministre n'hésiterait pas à dessaisir, par la voie du conflit, la section du contentieux qui se déclarerait compétente sur une question réservée au contentieux judiciaire. Et l'art. 26 justifierait parfaitement cet acte. En outre, nous trouvons dans les discussions relatives à l'élaboration de l'art. 47, cet amendement proposé par la commission pendant la séance du 2 mars 1849 : « Le ministre de la justice a le droit de revendiquer les

affaires portées devant la section du contentieux et qui n'appartiendraient pas au contentieux administratif. *Si le ministre allègue que l'affaire est de la compétence de l'autorité judiciaire*, la demande en revendication est portée devant la juridiction des conflits ». Ce dernier membre de phrase ne fut écarté que comme superfluetoire, (séance 3 mars). La proposition prouve cependant d'ailleurs que le législateur y avait pensé.

Mais il y a aussi une multitude d'actes administratifs qui ne peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'Etat. Ce sont les affaires d'administration pure. Il s'agit ici des affaires que l'administration accomplit dans les limites de son pouvoir discrétionnaire. Tout le monde s'accorde à reconnaître que le texte s'applique à ce genre d'affaires.

Nous concluons que l'art. 26 de la loi 1872 ne signifie pas autre chose que ceci : Les ministres ont le droit de revendiquer devant le Tribunal des Conflits les affaires d'ordre judiciaire ou d'ordre administratif pur qui n'appartiennent pas au contentieux administratif.

Nous concluons donc par conséquent qu'il est inutile de créer une catégorie spéciale d'actes de gouvernement, pour donner un sens utile à ce texte de loi.

Bien heureusement d'ailleurs : car s'il en eût été ainsi, si le rapport précité de M. Vivien eût été le seul inspirateur de cet article, le pouvoir exécutif, interprétant la loi dans son esprit et selon l'intention de ses auteurs, se trouverait armé d'une arme redoutable.

Mais il est très facile de démontrer que le rapport de M. Vivien n'eut pas toute la portée qu'on lui accorde et que cet article 47 fut le résultat de discussions qui dénotaient dans l'assemblée des préoccupations bien différentes.

Cet article 47 a été l'objet, à l'Assemblée Législative de 1849, de débats interminables. Nombre d'orateurs montèrent à la tribune pour combattre ou soutenir des amendements. Quelques-uns d'entre-eux même paraissaient ne pas distinguer avec une netteté suffisante en quoi cet article pouvait avoir une portée **considérable**. Il fut l'objet de deux longues considérations, l'une pendant les séances des 26 et 27 janvier, l'autre pendant les séances des 1^{er} et 2 mars 1849.

Pendant la première délibération des 26 et 27 janvier (*Moniteur universel* du 27 et 28 janvier 1849), M. Odilon Barrot, ministre de la justice, revint à cinq reprises différentes à la tribune pour obtenir de l'Assemblée le texte qui existe encore. Or ce texte n'était pas celui que proposait la commission, après le rapport Vivien. Et le ministre de la justice qui s'expliquait avec une grande clarté disait : « Il y a une distinction profonde entre l'administration pure et le contentieux. L'administration pure, c'est l'appréciation de ce qui est utile ou dangereux en administration sous la responsabilité de l'administrateur. Il n'y a pas de droit engagé, de droit dérivant de la loi (26 janvier) ». Et, revenu à la tribune pour la quatrième fois, il disait : « Je vous de-

mande donc, pour le cas où le pouvoir exécutif revendiquerait sur le Conseil d'État un *acte de pure administration*, ou pour le cas où le Conseil d'État revendiquerait comme acte contentieux un *acte de pure administration*, et où le conflit s'établirait entre ces deux pouvoirs, que ce conflit soit jugé par le haut tribunal de compétence, que vous avez institué. » (*Moniteur universel*, p. 290).

Successivement MM. Isambert, Crémieux, Martin et Victor Lefranc vinrent soutenir ou combattre le projet. La seule préoccupation, pour eux comme pour le ministre de la justice, fut d'empêcher l'envahissement du contentieux sur le domaine de l'administration pure. Ils veulent prévenir ce danger en créant une juridiction supérieure à la section du contentieux qui eût pu commettre des empiètements.

Ce qui ressort très nettement de ces longues délibérations c'est que aucun parmi les orateurs cités n'a parlé des actes de gouvernement au sens technique du mot, n'a songé à en faire une catégorie spéciale. On n'a toujours parlé que du contentieux et de l'administration.

Pendant les séances des 2 et 3 mars 1849 — c'était la troisième délibération sur le projet de loi — on a longuement discuté encore sur cet art. 47. Le mot gouvernement fut souvent prononcé et par M. de Parieu, membre de la commission, et par le ministre de la justice. Mais toujours le mot gouvernement fut em-

ployé, non avec la signification précise que lui donne notre théorie, mais dans un sens large comprenant : pouvoir exécutif, pouvoir administratif pur. La commission et le gouvernement proposaient cet amendement additionnel à l'art. 4 : « Si le ministre allègue que l'affaire appartient au gouvernement sous sa responsabilité, il est statué sur la demande en revendication par le Président de la République, au Conseil des ministres, après avoir pris l'avis du Conseil d'Etat en assemblée générale. »

On ne voulait pas que le tribunal des Conflits fût le juge de compétence entre le pouvoir administratif pur et le Conseil d'Etat : on prétendait que le tribunal des Conflits en partie composé de magistrats de l'ordre judiciaire, ne présentait pas au pouvoir administratif pur assez de garanties. (Parieu *Monit.* 1849, p. 689). L'amendement fut rejeté sur un discours de M. Martin dont les développements sont absolument incompatibles avec la théorie de l'acte de gouvernement. Remarquons encore qu'il ne s'agit pas ici d'actes de gouvernement au sens strict du mot ; la discussion porte toute entière sur le point de savoir qui sera le juge du conflit qui peut naître entre le Conseil d'Etat et le pouvoir administratif pur. A ce point de vue, le discours de M. Martin (*Moniteur universel*, 3 mars 1849, p. 692) est à lire tout entier ; en voici un extrait dont la portée est décisive :

« Il y a une autre nature de conflits qui peuvent s'élever dans le sein de l'administration elle-même, entre

l'administration proprement dite, entre les actes d'administration pure et le contentieux administratif.....

Nous avons pensé que le Conseil d'Etat, en assemblée générale, était le véritable juge de ces questions...

Aujourd'hui, la commission vous propose, non pas ce que nous avons proposé dans le principe, mais de rendre juge, qui ? Le Conseil des ministres !

J'appelle l'attention de l'Assemblée sur la portée de cet amendement... Je sais bien, messieurs, que ces espèces de conflits seront rares ; mais il ne faut pas supposer que l'on sera toujours d'accord, que tous les pouvoirs marcheront en parfaite harmonie. Il faut au contraire se placer dans cette situation qui est possible, à savoir qu'il peut exister un état d'hostilité entre les divers pouvoirs, que cet état d'hostilité peut s'établir surtout entre le Conseil d'Etat d'un côté et le pouvoir exécutif de l'autre. Si cela est vrai, nous ne pouvons pas, en supposant cet état d'hostilité, en supposant cette prétention à l'empiètement et à l'usurpation de l'un des pouvoirs, nous ne pouvons pas admettre que le pouvoir exécutif puisse être juge dans sa propre cause ; qu'il puisse après avoir fait un acte, qu'il prétendra être un acte de pure administration, être juge de son propre acte, être juge dans sa propre cause, et nier à la partie intéressée, au citoyen qui aura été lésé dans ses droits, dans sa propriété, le droit de venir saisir de véritables juges, la juridiction du contentieux. Il faut nécessairement qu'il intervienne là un pouvoir qui offre quelque ga-

rantie aux citoyens ; et ce pouvoir, nous le répétons, nous admettons qu'il est, comme l'Assemblée l'a décidé, celui du Tribunal des Conflits ». Et l'orateur continue en citant une série d'exemples d'actes de pure administration qui lésaient des droits individuels et que le pouvoir exécutif ne manquerait pas de soustraire à la juridiction contentieuse.

Ce discours, nous l'avons déjà dit, est à lire en entier. Il a contribué à faire rejeter par l'Assemblée le projet de la commission et du gouvernement. C'est en lui que se trouve la véritable inspiration de l'article 47 de la loi 1849 devenu l'article 26 de la loi 1872. L'Assemblée encore sous l'impression de ce discours, qui précéda le vote immédiatement, refusa de permettre au gouvernement de trancher les questions de compétence qui pourraient s'élever entre le pouvoir administratif pur et le Conseil d'Etat. Elle attribuait la connaissance de ce conflit au Tribunal des Conflits qui lui paraissait offrir plus de garanties pour le droit des particuliers.

Or, cet article 26 de la loi de 1872 étant ainsi éclairé par les discussions préparatoires n'a-t-il pas une portée bien différente de celle qu'on prétend lui attribuer sous l'effet du rapport Vivien. Ce vote, après ce discours, vint d'une défiance de l'Assemblée à l'égard du pouvoir exécutif : c'était le pressentiment et aussi la condamnation anticipée de la théorie de l'acte du

gouvernement qui devait se formuler sous le second empire.

Enfin, il faut une dernière fois faire remarquer que pas un seul orateur n'eut l'air de supposer qu'il existât une catégorie d'actes de puissance publique soumis à des règles particulières et dénommés actes de gouvernement.

Le législateur de 1849 considérait les expressions administration et gouvernement comme synonymes. Il ne croyait donc pas à l'existence d'une distinction fondamentale entre les attributions du pouvoir exécutif.

La conclusion de cette très longue explication, c'est que les partisans de la doctrine des actes de gouvernement n'ont pu édifier leur système avec quelque apparence de raison que sur un seul texte. Or, ce texte n'ayant ni en lui-même, ni dans l'esprit de ses auteurs, la signification qu'il devrait avoir à cet effet, leur doctrine manque totalement de fondement juridique.

La subdivision des actes de puissance publique en actes de gouvernement et actes administratifs ne peut donc trouver sa justification dans le droit positif français. Nous avons vu que les principes généraux du droit public se refusaient à admettre la division du pouvoir exécutif en deux branches ; et que les textes spéciaux invoqués par la doctrine n'ont pas de rapport avec la théorie que nous combattons.

Nous trouvons ici l'explication des variations nom-

breuses de la jurisprudence et de la naissance tardive de cette doctrine. L'étude historique de cette théorie nous a d'ailleurs montré ces diverses transformations.

C. — *Cette distinction se justifie-t-elle par une doctrine et une jurisprudence constantes ?*

Il se peut qu'on trouve dans une législation de graves lacunes ; que le législateur ait omis de régler tel fait, telle situation déterminée. Si tout le monde est d'accord sur la règle que le législateur eût dû poser pour combler cette lacune, si un principe s'impose avec assez d'autorité pour se faire accepter de tous ou de presque tous, l'omission du législateur ne tire pas à conséquence. C'est que les auteurs, par des exposés doctrinaux uniformes, les tribunaux par une jurisprudence constante répareront le silence volontaire ou involontaire du législateur.

Or, à propos de la question qui nous occupe, trouvons-nous cette uniformité d'opinion dans la doctrine et dans la jurisprudence ?

Il arrive fréquemment que les commissaires du gouvernement devant le Conseil d'Etat tirent argument, en faveur de la théorie de l'acte du gouvernement, de cette prétendue uniformité d'opinion. Il faut remarquer d'abord que la théorie dangereuse que nous discutons n'aurait là qu'une base bien fragile. Ni en doctrine, ni

en jurisprudence, aucune théorie n'est apparue, ayant assez d'autorité pour se faire accepter de tout le monde.

L'exposé historique qui a été fait renseigne surabondamment à ce propos. La théorie de l'acte de gouvernement est de date relativement récente : nous savons qu'elle ne s'est montrée bien caractérisée et systématiquement appliquée qu'à partir du Second Empire. C'est à cette époque aussi qu'elle apparut avec netteté dans la doctrine. Depuis ce moment on suit les transformations qu'elle a dû subir, les atténuations qu'y ont apportées quelques auteurs, les vains efforts faits par les autres pour en dégager le principe avec précision. Depuis quarante ans, l'unanimité n'a pu se faire nulle part et tout dans la théorie de l'acte de gouvernement est sujet à controverse ; on sait qu'il y a autant de définitions et d'énumérations différentes que d'auteurs ; que les divergences sont très graves au point de vue des conséquences de ces actes. Bref tout semble être contesté dans cette difficile question. Les auteurs, à vrai dire, depuis 20 ou 25 ans, à la presque unanimité, reconnaissent l'existence de ces actes en tant que groupe soumis à un droit exceptionnel. C'est le seul point sur lequel l'entente ait pu se faire. Et encore ici un petit groupe de dissidents a très catégoriquement affirmé l'inexistence de ces actes de puissance publique soumis à des principes particuliers, et a contesté la valeur juridique de cette théorie.

Il faut donc se garder de dire que l'accord d'une

jurisprudence constante et d'une doctrine unanime dispensent le législateur d'appuyer formellement de son autorité la théorie de l'acte de gouvernement. Cette base donc manque complètement ; cette théorie n'est ni aussi ancienne, ni aussi généralement adoptée qu'on a l'habitude de le dire.

Et parvenus à ce point de notre étude, après l'exposé complet de la doctrine actuelle ; après l'examen des textes fondamentaux du droit public français ; après l'examen spécial des textes particuliers invoqués à l'appui de cette doctrine par des partisans, nous nous rangeons au nombre de ceux qui croient qu'il n'y a aucune raison valable de créer l'acte gouvernemental à côté de l'acte administratif proprement dit. La liste de ces dissidents n'est pas longue : elle sera épuisée quand nous aurons nommé MM. Cabantous et Légeois, Choppin, Gautier, Michoud et Brémont.

Avec eux, nous concluons à l'inexistence de l'acte de gouvernement.

CHAPITRE III

IL N'Y A PAS D'ACTES DE GOUVERNEMENT

Voici le principe qui paraît ressortir de notre droit public. Il n'est pas exact qu'on puisse scinder en deux grands groupes, entre lesquels existeraient des différences juridiques, les actes de puissance publique émanés de l'autorité administrative. Tous les actes émanant des divers agents du pouvoir exécutif seront, en principe, soumis aux règles générales du contentieux administratif. Au cas de violation d'un droit, au cas même d'excès de pouvoir, ils seront portés devant la juridiction contentieuse. Il se peut que certains actes de puissance publique soient soustraits à tout recours contentieux : mais ces exceptions dériveront du droit commun ; elles devront être motivées et cette motivation ne sera pas suffisante lorsque l'on se réclamera de la nature gouvernementale d'un acte.

Ce principe est la conséquence de l'examen des lois administratives qui précède, et il contient toute notre thèse.

Les théoriciens étant impuissants à trouver le crité-

rium indispensable pour caractériser l'acte de gouvernement, la jurisprudence dans ses applications diverses restant indécise et variable, nos lois administratives se gardant bien non seulement de définir, mais même de nommer ce groupe exceptionnel d'actes de puissance publique, il semble que la logique amène simplement à la négation de cette catégorie d'actes. D'autant plus que la raison fondamentale de cette négation est que, avec une théorie pareille, les droits privés sont insuffisamment garantis. La vieille théorie du Second Empire était très nette mais très franchement dangereuse : la théorie actuelle ne l'est pas moins, parce qu'elle ne réussit pas à limiter les pouvoirs de l'autorité exécutive. Ceci nous amène, en droit positif et en raison, à rejeter la théorie de l'acte de gouvernement.

Et notre doctrine, plus juridique à la fois et plus rassurante pour l'individu que la précédente, ne s'éloigne pas beaucoup de celle-ci, au point de vue des résultats. L'effet le plus évident sera la suppression de l'arbitraire, ce que nous recherchons. Seulement on aboutira le plus souvent aux mêmes conséquences, par des voies différentes. L'autorité administrative pour supprimer le recours devra se référer au droit commun, et ne plus invoquer le caractère exceptionnel d'un acte, se contenter de dire : *c'est un acte de gouvernement*. Nous nous proposons de faire une étude sommaire du contentieux administratif ; ensuite, étudiant

chacun des principaux actes de gouvernement, énumérés par les auteurs, on verra si sous ses aspects divers, il échappe à tout recours et pourquoi il y échappe.

I

L'individu contre la puissance publique.

L'individu, dans l'Etat, est soumis à deux pouvoirs : Le pouvoir législatif qui trace pour l'avenir les règles générales auxquelles sont soumis les rapports sociaux ; le pouvoir exécutif dont la fonction est d'appliquer ces règles et de les faire exécuter. Souvent un acte législatif viole des droits antérieurs de l'individu : ici, l'individu ne peut se défendre, son droit étant détruit par la création d'un droit nouveau : d'ailleurs, toute sa résistance se heurterait à l'idée de l'irresponsabilité du législateur vis-à-vis de l'organisation juridique.

Nous sommes ici évidemment dans le domaine des faits ; il est évident que dans le domaine du droit le législateur ne dispose pas ainsi de la toute-puissance « car il est des droits antérieurs et supérieurs aux lois positives ».

Mais la résistance à l'acte de l'autorité exécutive est bien plus facile. Et ceci, dans les Etats modernes, est autrement important pour le particulier. C'est surtout par les actes de plus en plus nombreux des fonction-

naires que les particuliers peuvent être atteints dans leurs droits. C'est l'administration qui représente l'Etat considéré comme personne publique ; elle est la mise en œuvre de cette personnalité, elle fait appliquer les lois. Or, l'administration étant ainsi en contact direct avec les particuliers, c'est par elle que seront lésés le plus souvent leurs droits.

Or, dans les Etats constitutionnellement organisés on a pris des précautions contre l'administration. En effet, dans ces organisations et surtout dans les pays qui pratiquent la séparation des pouvoirs, le recours contre l'acte d'administration qui tendra quelquefois à l'annuler, quelquefois à le reformer, semble très possible. Le rôle de l'administration est « d'assurer l'exécution, l'application journalière des lois ».

Ces lois, elle ne les a pas faites, et elle est impuissante à les changer. Elle peut donc se tromper dans leur interprétation, dans leur application ; il semble qu'elle peut violer la loi. Et dès lors, si l'individu est lésé par l'administration dans un droit à lui acquis par la loi, il peut réclamer contre elle. Par suite de cette position subordonnée de l'administration dans l'organisation constitutionnelle, les recours contre elle doivent être facilement permis au particulier.

En France, on a enlevé en général aux tribunaux judiciaires la connaissance des réclamations de l'individu contre l'acte de puissance publique : on l'a conféré à des tribunaux administratifs qui heureusement

jouent le même rôle que les tribunaux judiciaires. Ils accueillent le recours à de certaines conditions.

D'abord si l'acte de l'administration blesse un droit privé protégé par la loi. On l'appelle alors recours contentieux proprement dit et il est soumis à la théorie générale des actions en justice.

Mais d'autres fois, il y a recours contre l'acte de puissance publique si seulement un intérêt a été atteint par un acte illégalement accompli. C'est le recours pour excès de pouvoir qui heureusement a pris de plus en plus la nature et la forme de l'action judiciaire. En dehors de ces deux conditions, il n'y a pas de réclamation contentieuse.

Mais il serait faux de croire que l'administration n'ait qu'à appliquer la loi, que par conséquent elle puisse toujours se tromper et que tous ses actes puissent donner lieu à un débat contentieux. Son rôle est plus large : elle doit favoriser l'expansion économique et le développement moral de la nation et pour cela le législateur lui laisse une certaine initiative. Elle peut parfois statuer pour l'avenir par voie de disposition réglementaire ; et bien souvent ses décisions ne lui sont pas dictées par le législateur et elle les prend discrétionnairement.

Donc, il y a des actes discrétionnaires : la science administrative actuelle laisse disparaître ce mot et il faut le reprendre. Souvent l'administration agit à sa guise d'une manière spontanée, en prenant une mesure

qu'elle pourrait ne pas prendre et de l'opportunité de laquelle elle reste seule juge. La loi lui laisse alors un pouvoir large et si aucun droit n'est violé dans l'exercice de ce pouvoir, aucun recours n'est possible. Tout ce que les parties peuvent faire, c'est de s'adresser à l'auteur de l'acte ou à son supérieur hiérarchique par voie de supplique et d'en demander la réformation comme une faveur.

Quelques exemples, en caractérisant ces actes, prouveront qu'ils ne sont pas rares. L'administration exerçant un droit supérieur de tutelle sur les établissements publics accorde ou refuse à son gré l'autorisation d'accepter les dons et legs faits à ces établissements. Les héritiers légitimes du testateur sont forcés de s'incliner devant les décisions qu'elle prend en cette matière. Autre exemple : L'administration a reçu de la loi des 12-20 août 1790 le droit de prendre les mesures qu'elle jugerait utile pour assurer le libre écoulement des eaux et même pour les diriger vers un but d'utilité générale, d'après les principes d'irrigation. Quand bien même ces règlements d'eau seraient généraux et applicables à tout le cours d'un fleuve, ce sont des actes discrétionnaires, inattaquables au contentieux s'ils ont été pris dans un intérêt public. Et on pourrait citer bien d'autres exemples d'actes « de pure administration » comme disait le législateur de 1849.

C'est ainsi que l'administration exécute des travaux publics quand elle veut et où elle veut ; il lui est loisi-

ble de subventionner, avec les ressources que la loi met entre ses mains, les œuvres qu'il lui plaît; et aussi de choisir comme fonctionnaire, le plus généralement du moins, qu'elle veut, quand elle veut. Dans tous ces cas divers, si elle ne viole pas les droits privés, personne ne peut réclamer contre ses décisions, si ce n'est à titre purement gracieux (Bathie, t. VII, p. 418).

MM. Daresté, Laferrière et Bequet ne reconnaissent comme actes de gouvernement que ceux que la constitution ou les lois autorisent le gouvernement à faire. Il semblerait que ces esprits éminents ont établi une confusion entre l'acte gouvernemental et l'acte discrétionnaire. Comme le dit M. Bremond, pourquoi renoncer à cette expression « qui dit bien ce qu'elle veut dire pour lui substituer une autre dénomination qui a le double défaut d'être impropre et de ne pas présenter un sens net et précis ? Ces questions de dénomination ont en pratique plus d'utilité qu'on ne le croit. Si l'on rejette en effet la doctrine des actes de gouvernement et qu'on s'en tienne exclusivement à la notion des actes d'administration discrétionnaire, la question de la recevabilité du recours contentieux s'en trouve bien simplifiée : on aura à rechercher simplement dans chaque affaire s'il existe une disposition de loi prohibant les recours ; la controverse pourra être sérieuse ; elle portera pourtant, ce nous semble, sur un objet plus tangible que si on est obligé de s'enfoncer dans les profondeurs obscures de la distinction entre la fonc-

tion gouvernementale et la fonction administrative. » (Bremond *op. cit.* p. 35).

Il faut reconnaître que cette confusion, outre le manque de précision qu'elle entraîne dans le droit public, présente de sérieux dangers. La théorie de l'acte de gouvernement qui n'a pu trouver sa définition ne réussit pas à délimiter exactement les pouvoirs de l'autorité exécutive. C'est là une porte ouverte à de dangereuses illégalités, parce que le gouvernement aura la tentation de se constituer seul juge de la validité de ses actes. Nous craignons qu'avec une théorie pareille les actes de gouvernement ne soient proclamés des lois ; et nous soutenons qu'il est à la fois inutile et dangereux de créer un droit exceptionnel en faveur de quelques actes de puissance publique.

Notre théorie consiste à dire que les principes universellement admis, en matière de recours contentieux contre les actes administratifs proprement dits, s'appliquent à tous les actes de puissance publique, quels qu'ils soient. Les actes improprement appelés actes de gouvernement seront simplement soumis au droit commun. Et ceci n'est que la conclusion logique de tout ce qui précède ; à savoir, que la distinction entre l'acte administratif et l'acte gouvernemental n'ayant aucun fondement, ni rationnel, ni juridique, la suppression de tout contrôle juridictionnel qui était la conséquence de cette distinction doit disparaître.

Il ne s'ensuit pas de là que ces actes dits de gou-

vernement soient toujours susceptibles de recours à fin d'annulation ou à fin de réformation devant une juridiction contentieuse. Nous savons déjà combien fréquemment les actes d'administration et en particulier les actes discrétionnaires échappent à tout débat contentieux. Il se trouvera bien souvent, et pour des motifs plus sérieux certes que la prétendue qualité gouvernementale de l'acte, que le recours sera irrecevable. Ces actes, dits de gouvernement, y échapperont, en fait, bien plus que les actes administratifs ordinaires, et cela pour des raisons diverses : ce seront des actes de pure administration accomplis dans des cas où le législateur a expressément ou implicitement interdit le recours contentieux, et dans des limites où l'autorité exécutive avait pleine liberté d'action ; ou bien ce seront aussi des actes empreints d'un tel caractère général qu'ils seront insusceptibles de violer un droit privé ou de froisser un intérêt direct. En définitive quel que soit le motif invoqué, ce ne sera pas celui de la nature gouvernementale de l'acte, et il aura au moins quelque apparence juridique.

Et ainsi, examinant chacun des actes dits de gouvernement et les aspects divers sous lesquels ces actes se présentent, on pourra trouver des hypothèses dans lesquelles ces actes seront susceptibles d'un recours contentieux devant le Conseil d'Etat, comme on en trouve dans lesquelles les actes de l'Administration proprement dite ne peuvent être l'objet d'aucun recours. Il y aura

donc une analyse approfondie à faire de chaque acte présenté comme gouvernemental ; à propos de chaque espèce particulière, comme s'il s'agissait d'un simple acte administratif, on recherchera si quelque disposition formelle ou implicite de la loi a donné à l'autorité publique le pouvoir de ne pas tenir compte de certains droits et de certains intérêts ; et si cet acte, minutieusement examiné, remplit ou ne remplit pas les conditions nécessaires pour pouvoir être attaqué.

Sous l'effet de l'examen profond ainsi exigé pour chaque acte dit gouvernemental, il est certain que jamais la juridiction contentieuse n'aurait validé la confiscation des biens de la famille d'Orléans. Et il est incontestable que notre théorie, bien plus que les précédentes, est protectrice des droits de l'individu.

— Toutefois une objection se présente immédiatement. Ne doit-on pas craindre avec cette théorie d'énerver le pouvoir exécutif et de le laisser sans force et sans autorité. Ne supprime-t-on pas l'action gouvernementale ou du moins ne l'entrave-t-on pas, par la possibilité de susciter des recours contre des actes émanant du gouvernement en des circonstances urgentes ?

Nous nous réservons de faire plus loin la réponse décisive à cette objection. Il a été déjà dit que l'acte dit de gouvernement échapperait le plus souvent à tout recours, soit en vertu des règles mêmes qui dominent la matière du contentieux administratif, soit pour des raisons diverses qui toujours présenteront du moins

un fondement juridique. En examinant un à un les actes de gouvernement, on verra combien sont divers les motifs qui suppriment le contrôle juridictionnel à l'égard de ces actes : et aussi combien ils ont plus de valeur que la simple invocation de la nature gouvernementale de l'acte.

II

Les principaux actes de Gouvernement.

Devant la difficulté qu'ils éprouvent à définir le domaine des deux autorités, administrative et gouvernementale, dont ils admettent, en principe, l'existence, tous les auteurs récents se contentent d'une énumération d'actes gouvernementaux. On classe dans cette catégorie les actes les plus importants de la puissance publique : mais les opinions varient, quant à la dose d'importance nécessaire pour élever une mesure à la dignité d'acte de gouvernement. Les auteurs n'ayant pu nettement distinguer l'acte de gouvernement de l'acte administratif, selon un criterium unanimement accepté, il devait nécessairement s'ensuivre que les listes énumératives d'actes gouvernementaux seraient très variables. MM. Aucoc, Laferrière, Bequet et Ducrocq en ont chacun une, différant des autres par quelque point particulier : chacun de ces éminents

théoriciens rangeant dans cette catégorie d'actes de puissance publique telle mesure que l'autre n'y admet pas.

Et comme le font remarquer MM. Michoud et Bremond, ces énumérations sont un peu arbitraires. Il y a des actes ayant une importance gouvernementale considérable qui n'y sont pas compris : par exemple, la nomination et la révocation de fonctionnaires ; au contraire des actes n'offrant qu'une importance politique minime, tels les collations de titres nobiliaires, s'y rencontrent. Cela tient à ce qu'en faisant ces énumérations les auteurs ne songent pas au sens naturel des mots gouvernement et administration ; ils ont une arrière-pensée qui est de ne pas enlever aux droits privés la protection à laquelle ils peuvent prétendre. Autant que possible, par conséquent, ils cherchent à ne pas comprendre dans l'énumération des actes de gouvernement ceux qui sont susceptibles de léser des droits protégés par la loi : la nomination et la révocation des fonctionnaires n'y sont donc pas comprises parce que la loi a accordé à un assez grand nombre de fonctionnaires des garanties particulières. Au contraire, la collation de titres nobiliaires ne peut en elle-même léser aucun droit : on la placera donc sans scrupule parmi les actes de gouvernement. Ce n'est pas à dire que ce soit là le criterium des auteurs précités ; c'est au contraire une théorie rationnelle qu'ils essaient de construire. Mais s'ils étaient dégagés de cette préoc-

cupation d'ordre juridique, ils donneraient du gouvernement une définition plus large.

Voici l'énumération que donne M. Laferrière dans son *Traité de la juridiction administrative* où il s'est spécialement occupé de cette matière. Sous la rubrique : actes de gouvernement il étudie successivement : Les Rapports du gouvernement avec les Chambres ; L'état de siège ; Les décisions relatives aux membres de dynasties déchues ; Des mesures diverses de sûreté publique à l'intérieur. Les rapports internationaux, enfin les faits de guerre. D'autres auteurs y ajoutent les collations de titres de noblesse et l'exercice de droit de grâce. Enfin, M. Bequet y fait rentrer aussi les mesures prises par le gouvernement en matière douanière.

Nous examinerons un à un ces actes de gouvernement dans des applications diverses et cet examen détaillé nous montrera combien le recours sera rare. Comme nous le disions, la préoccupation de plus en plus évidente des auteurs qui acceptent le principe de l'acte gouvernemental est de ne ranger parmi ces actes que ceux qui sont insusceptibles de blesser les droits privés. Et alors voici le résultat auquel on doit nécessairement aboutir :

Ou bien les auteurs dans leurs énumérations laisseront subsister parmi les actes de gouvernement des actes susceptibles de violer arbitrairement les droits de l'individu ; et la théorie alors est dangereuse ;

Ou bien il ne rentre dans cette catégorie d'actes de

puissance publique que des mesures d'une portée si générale qu'elles ne lèsent aucun droit privé ou qui, au cas contraire, se justifient par des raisons d'ordre juridique ; et dans cette dernière hypothèse, le recours étant écarté, la théorie est inutile.

Cette double affirmation d'ailleurs ressortira très clairement quand on aura examiné en détail l'acte de gouvernement dans ses diverses applications.

Nous nous référerons ici le plus souvent à M. Bremond qui a spécialement étudié cette partie de la question.

Rapports du Gouvernement avec les Chambres.

M. Laferrière en quelques mots donne la solution admise par toute la doctrine : « Les rapports du gouvernement avec les Chambres sont réglés par les lois constitutionnelles. Les décrets auxquels ils donnent lieu *ont le caractère* d'actes de gouvernement et échappent à tout recours devant la juridiction administrative. Tels sont les décrets par lesquels le Président de la République convoque ou ajourne les Chambres, prononce la dissolution de la Chambre des députés, promulgue les lois votées par le Parlement ». (*op. cit.* t. II, p. 32).

Le président de la République convoque, ajourne les Chambres clôt leurs sessions et peut dissoudre la Chambre des députés. Mais comme il n'est pas admissible

que le pouvoir législatif qui forme la représentation la plus directe, en fait, de la souveraineté nationale soit, quant à son activité, laissé à la discrétion du pouvoir exécutif, on a soumis ces prérogatives diverses du Président de la République à certaines règles. Ainsi, il ne peut ajourner les Chambres que pour un mois, et deux fois seulement dans le cours d'une session; il ne peut dissoudre la Chambre que sur l'avis conforme du Sénat etc... S'il ne se soumet pas à ces règles il commet un véritable excès de pouvoir. Or, y a-t-il un recours?

Non, disent les auteurs, ce sont là des actes de gouvernement. Cette réponse nous paraît à la fois insuffisante et inutile.

C'est examiner bien superficiellement les rapports des deux pouvoirs entre eux que d'affirmer que les excès de pouvoirs de l'un à l'égard de l'autre sont insusceptibles de recours parce qu'ils sont empreints du caractère gouvernemental.

Naturellement on ne soumettra pas ces actes illégaux du pouvoir exécutif au recours contentieux devant le Conseil d'Etat : mais ce sera pour des raisons autrement sérieuses que la précédente.

Qui donc pourra baser sa demande d'annulation de l'acte du pouvoir exécutif sur un intérêt direct et personnel? Et puisque la doctrine admet que tous les membres d'un corps électif agissant *ut singuli* peuvent intenter le recours, peut-on vraisemblablement supposer que tous les membres d'une Assem-

blée s'entendront pour réclamer contre des actes illégaux de prorogation, de suspension ou de dissolution.

Et si, en dehors de toute probabilité, une réclamation émanait du Sénat ou de la Chambre des députés considérés comme corps, le Conseil d'Etat devrait refuser d'en connaître, son rôle n'étant pas de servir d'arbitre entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif, non plus qu'entre les deux fractions du pouvoir législatif. La loi de 1875 sur les rapports des pouvoirs publics ne donne pas au Conseil d'Etat compétence pour trancher ces graves conflits.

Il y a donc ici exception aux règles ordinaires du contentieux administratif; mais l'analyse qui vient d'être faite donne les raisons de cette exception, raisons plus suffisantes que celle que donne la théorie de l'acte gouvernemental.

Et les tribunaux à quelqu'ordre qu'ils appartiennent ne peuvent pas connaître non plus de l'usage que fait le gouvernement de son initiative législative. Il présente tel projet de loi qu'il veut et quand il veut. S'il retire ou s'il refuse de présenter un projet de loi, y a-t-il excès de pouvoir? Certainement non; ce sont là pour lui des actes absolument discrétionnaires à raison desquels il ne trouve aucune limite dans la loi; et non parce que, ainsi que l'affirme M. Laferrière, « cette initiative relève de la prérogative gouvernementale », (*op. cit.* II, p. 35). Le Conseil d'Etat d'ailleurs plus prudent s'était contenté de dire à propos des projets de

lois sollicités par des intéressés que « les actes du pouvoir exécutif, concernant ses rapports avec le pouvoir législatif ne sont pas de nature à faire l'objet d'un débat par la voie contentieuse » (17 février 1888, Panhard, p. 149).

Accessoirement à cet ordre d'idées, reste à signaler l'idée émise par M. Aucoc (*Conférences*, I, p. 38). A savoir que les décrets de convocation des électeurs pour la nomination des sénateurs et députés rentrent dans la catégorie des actes de gouvernement. Il n'y a pas de recours contre les décrets de convocation des électeurs, ni même contre les arrêtés des préfets ayant le même objet. Il se peut pourtant qu'il y ait excès de pouvoir de la part de l'autorité administrative ; ces actes administratifs sont réglés dans les détails par la loi. Ainsi la convocation des électeurs ne peut avoir lieu qu'en de certaines circonstances, dans un certain délai et un laps de temps doit s'écouler entre la convocation et l'élection. Si dans un décret de convocation le chef de l'Etat ne se soumet pas à ces conditions, n'y a-t-il pas excès de pouvoir et par conséquent recours au Conseil d'Etat ? Non, disent les partisans de la théorie de l'acte gouvernemental, il n'y a pas de recours, car c'est là un acte de gouvernement.

Encore ici la réponse est insuffisante. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour soustraire au contrôle juridictionnel les actes administratifs pendant l'élection : elles admettent que le contentieux des actes

préalables à l'élection est absorbé par le contentieux de l'élection elle-même, du moins en ce qui concerne les élections au conseil général et au conseil municipal. La doctrine voit là une application de la doctrine dite du recours parallèle (Laferrière, *op. cit.*, II, p. 321, Cons. d'Et. 8 fév. 1884; 16 fév. 1878; 27 nov. 1881; 18 déc. 1885). En effet si ces actes préalables ont influencé la validité de l'élection les électeurs ont une autre voie pour l'écarter : ce sera le juge de l'élection qui jugera la validité de l'acte préalable. Cette théorie étant admise pour les arrêtés de convocation des préfets, pourquoi ne le serait-elle pas pour les décrets de convocation du chef de l'Etat et pourquoi invoquer ici encore l'insuffisant motif de la prérogative gouvernementale ?

Il semble donc que dans ces diverses hypothèses l'invocation par la doctrine de la théorie de l'acte gouvernemental provient d'une insuffisance d'analyse ; elle est en outre inutile : on aboutit au même résultat par les règles générales du contentieux administratif.

Etat de siège.

Il y a état de siège quand, dans un département ou une ville, on fait passer les attributions des autorités civiles aux autorités militaires. La matière est réglée par les lois du 9 août 1849 et celle du 3 avril 1878. Sous les constitutions monarchiques et jusqu'en 1878

la déclaration d'état de siège a appartenu au chef de l'Etat (Teyssier-Desfarges, *Revue Félix*, 1848, p. 498). La loi de 1878 l'a placée dans les attributions du Parlement.

Le Président de la République ne peut déclarer l'état de siège que dans le cas d'ajournement des Chambres lesquelles se réunissent de plein droit après. Si la Chambre des députés est dissoute il ne peut déclarer l'état de siège qu'en cas de guerre étrangère ; il doit convoquer les collèges électoraux dans le plus bref délai (Loi 1878, art. 2 et 3).

M. Michoud soutient qu'on peut élever le recours contre le droit du chef de l'Etat qui déclarerait l'état de siège en dehors de ces conditions. En cela il est logique avec sa négation de l'acte gouvernemental. Mais ce recours serait presque inutile et cela à raison même de l'opinion actuelle de la doctrine et de la jurisprudence. Tout le monde admet en effet aujourd'hui, que les actes d'exécution des autorités chargées d'appliquer l'état de siège, constituent de purs actes administratifs susceptibles de recours contentieux, si ces autorités dépassent les pouvoirs qui leur sont attribués par la loi de 1849 et celle de 1878. En effet, comme le dit M. Laferrière, l'état de siège ne soumet les citoyens qu'à certains pouvoirs exceptionnels seulement, pouvoirs prévus et définis par l'article 9 de la loi 1849 ; ils consistent à autoriser des perquisitions, à éloigner les repris de justice et les personnes non domiciliées,

à saisir les armes et les munitions, à interdire les réunions et les publications jugées dangereuses.

Nous tirons de là deux conséquences : D'abord que les tribunaux judiciaires ou administratifs, selon les cas, vérifieront si les autorités diverses dans leurs actes d'exécution n'ont pas dépassé la limite des pouvoirs prévus par la loi de 1849 ; — ensuite, ces mêmes tribunaux sur la réclamation des individus pourront contrôler la déclaration de l'état de siège et s'assurer de sa validité. Donc, dès qu'un individu sera emprisonné ou qu'une propriété sera saisie, le particulier victime de ces faits d'exécution pourra se pourvoir par la voie contentieuse. Tant que la déclaration d'état de siège n'a pas reçu d'exécution elle ne peut léser d'intérêt direct et personnel ou violer un droit ; l'état de siège n'existe encore que virtuellement.

Mais ce qui est plus remarquable, relativement à cette question, c'est l'opinion de la jurisprudence et de la doctrine.

Les tribunaux sont reconnus compétents pour statuer sur toutes les mesures d'exécution, sur toutes les réclamations, à propos des décisions individuelles de l'autorité militaire chargée d'appliquer l'état de siège. Ceci provient d'un louable souci de protéger le droit individuel. Mais enfin pourquoi conserver le titre d'acte de gouvernement à la déclaration d'état de siège. Dès que l'état de siège s'applique, par conséquent dès que le recours est utile au citoyen on le lui accorde ; et on

ne le lui refuse que contre un acte purement théorique qui ne peut se manifester par aucune violation de droit ou par aucun froissement d'intérêt, c'est-à-dire contre la déclaration d'état de siège. Dès lors, dire que la déclaration d'état de siège est un acte de gouvernement, c'est conserver dans le droit public une étiquette inutile. (Laferrière; *op. cit.* 11 p. 33, 35 et note. Conflits 26 juillet 1873; Cons. d'Et. 5 juin 1874; 24 décembre 1875).

Décisions relatives aux membres des dynasties déchues.

Le gouvernement peut-il, en l'absence de tout texte de loi, et pour des raisons d'ordre politique, prendre des mesures exceptionnelles à l'égard des membres de dynasties déchues ? Les princes des familles ayant régné sur la France peuvent-ils être mis hors du droit commun, par simple décision du gouvernement ? Et n'auront-ils contre ces décisions aucun recours parce qu'elles constituent des actes de gouvernement ?

Cette théorie a été admise en France sous la Présidence et le Second Empire, et pratiquée avec une certaine rigueur. Une mesure d'exception prise contre des princes n'était soumise à aucun contrôle juridictionnel à raison même du mobile politique auquel avait obéi son auteur. Il en est resté des exemples célèbres déjà cités : La réunion au domaine national des biens d'Orléans; la saisie de l'Histoire des princes de Condé. Cette théorie s'est prolongée jusque sous la troisième

République : le prince Napoléon fut expulsé de France en 1875, en vertu d'un arrêté pris en conseil des ministres. L'autorité judiciaire, saisie d'une demande en dommages-intérêts, la jugea irrecevable « attendu que l'arrêté constitue un acte gouvernemental » (Cour de Paris, 29 janv. 1876).

C'était bien pour les princes un droit exceptionnel créé selon le gré des gouvernements, à la faveur de la théorie de l'acte gouvernemental.

Mais depuis, cette théorie s'est complètement transformée. Peut-être même est-il exact de dire, qu'en cette matière, elle ne reçoit aucune application.

En effet, depuis 1875, des mesures ont été prises contre des dynasties déchues, mais des lois d'exception leur étaient applicables et dans les diverses espèces proposées à leur compétence, le seul souci des juridictions saisies fut de subordonner la décision du gouvernement à une disposition de loi, implicite ou formelle. Les arrêts (Conseil d'Etat du 19 février 1875 prince Napoléon) du 20 mai 1887 (Orléans-Murat) et ceux du Tribunal des Conflits du 25 mars 1889 (Comte de Paris) en sont la preuve.

Le gouvernement n'a jamais manqué d'invoquer sa doctrine particulière de l'acte gouvernemental et de demander que les requêtes fussent écartées par une fin de non recevoir tirée du caractère politique de l'acte incriminé.

Des arrêtés de 1875 de 1887 et 1889 il ressort

clairement que le Conseil d'Etat, rejetant la question préalable du gouvernement, examine au fond si ce dernier est resté dans la limite des pouvoirs discrétionnaires que telle disposition de loi lui accorde.

Ce ne sont plus là des actes de gouvernement.

Mesures exceptionnelles de sûreté publique.

C'est ici que la théorie de l'acte du gouvernement pourrait devenir extrêmement dangereuse. Si l'administration pouvait se permettre, en prétextant des nécessités de l'ordre public, de prendre telles mesures qu'il lui conviendrait, le droit individuel serait facilement sacrifié. Le gouvernement pourrait sous prétexte de sûreté publique violer les droits des particuliers sans avoir à craindre le contrôle des tribunaux administratifs ou judiciaires.

Mais, d'une manière générale, ni la jurisprudence ni la doctrine n'ont consenti à livrer les droits privés à cet arbitraire. Les mesures de sûreté publique sont classées parmi les actes dits gouvernementaux, mais on ne leur accorde pas l'effet qui est propre à cette classe d'actes de puissance publique, à savoir la suppression de tout contrôle juridictionnel.

Et nous voyons se renouveler ici le fait constaté pour la déclaration d'état de siège : ce qui est acte de gouvernement, c'est la mesure prise par le gou-

vernement, mesure d'ordre si impersonnel qu'elle ne fait grief à aucun particulier. Le caractère gouvernemental s'attache seulement à ces mesures générales et impersonnelles qui par suite ne sont susceptibles de léser aucun intérêt particulier.

Mais dès que ces mesures de sûreté publique donnent lieu à des actes d'exécution, c'est-à-dire dès qu'elles ont une existence réelle, dès qu'elles s'appliquent à une situation déterminée, le particulier lésé dans son droit par ces mesures peut se pourvoir par la voie contentieuse.

Sous le second empire, cette solution était inadmissible, étant donnée la théorie du but admise à cette époque. Nous en avons la preuve dans l'arrêt du Conseil d'Etat du 26 février 1857. Le gouvernement, craignant la disette, avait, par décret du 26 octobre 1854, interdit jusqu'à nouvel ordre la distillation des céréales et de toute substance farineuse servant à l'alimentation. Le Conseil d'Etat, auquel des industriels adressèrent une demande à fin d'indemnité à raison des dommages à eux causés par ledit décret, déclara : « Que cette prohibition constitue une mesure de gouvernement prise dans un intérêt général et de sûreté publique, que l'Etat n'est pas responsable des préjudices particuliers qui ont pu être la conséquence d'une semblable mesure ». Le Conseil d'Etat, pour justifier un semblable arrêt, n'a trouvé à s'appuyer sur aucun texte et la réclamation fut rejetée tout de même (Lebon, 1857, p. 171).

Tout autorise à croire que les juridictions actuelles ne statueraient pas de la sorte et que la doctrine n'approuverait pas une semblable mesure.

Le gouvernement est suffisamment armé par les lois pour protéger la santé et l'ordre publics. Il peut défendre l'Etat contre les fléaux qui le menacent : épidémies, épizooties, disette. On rappellera ici : la loi du 21 prairial an V, sur la liberté de la circulation des grains ; et celle des 29-30 mars 1887 sur le droit à acquitter par les céréales étrangères ; la loi du 28 mai 1851 sur les inondations ; la loi du 17 juillet 1874 sur les incendies en Algérie ; la loi du 3 mars 1822 sur les épidémies ; et celle du 21 juillet 1881 sur les épizooties. Le gouvernement est armé aussi pour défendre l'Etat contre tous les évènements qui troubleraient l'ordre intérieur, tels que troubles, insurrections, attroupements, guerre extérieure. A rappeler ici : la loi du 7 juin 1848 sur les attroupements ; celle du 10 avril 1834 et les articles 291 et suivants du Code Pénal sur les associations ; la loi du 30 juin 1881 sur les réunions publiques.

Au moyen de ces lois diverses le gouvernement peut prévenir par des moyens parfois discrétionnaires les grands fléaux et les grands périls qui menacent le pays.

Or, quand en vertu de ces pouvoirs que lui concède la loi, le gouvernement prend une mesure applicable à tous et pour l'avenir, la doctrine déclare que

c'est là un acte de gouvernement. Mais il n'en est pas de même des actes d'exécution auxquels ces mesures donnent lieu dans le détail : ce sont là de simples actes administratifs. Toute mise en œuvre du décret qui constitue l'acte gouvernemental peut faire l'objet d'un débat contentieux si l'autorité administrative chargée d'exécuter le décret a dépassé le pouvoir que lui confère la loi. Ainsi donc on ne reconnaît le caractère gouvernemental qu'à une mesure générale et impersonnelle qui est incapable de violer les droits privés. Mais les réclamations des particuliers sont toujours possibles contre ces actes de détail qui seuls peuvent léser l'individu (Laferrière, p. 39. Béquet. *Content. adm.* n° 285).

Nous ne nous sommes occupés jusqu'ici que de mesures prises par le gouvernement en vertu de pouvoirs à lui conférés par la législation. Mais en dehors de toute loi, et sous prétexte d'assurer l'ordre public et le salut de l'Etat, le gouvernement peut-il porter atteinte à des droits individuels? Nous recourrons à M. Laferrière qui est l'interprète le plus autorisé à la jurisprudence du Conseil d'Etat : « Nous ne pensons pas que la théorie de l'acte de gouvernement puisse s'appliquer à des mesures individuelles qui seraient reconnues contraires aux lois. En effet, il est dans la mission du législateur de prévoir l'abus que l'on peut faire de facultés légales, de dire dans quels cas cet abus dégénère en délit ou en désordre et de donner

aux autorités administratives ou judiciaires les moyens de le prévenir ou de le réprimer... Si ce devoir de vigilance n'a pas été complètement rempli, le bon ordre peut certainement en souffrir, comme il peut souffrir de toute erreur et de toute imprévision de la loi ; mais il n'en résulte pas que les autorités publiques puissent s'investir elles-mêmes de pouvoirs que le législateur a ômis de leur accorder » (Laferrière, t. II, p. 43, *op. cit.*) En ce sens (Cons. d'Et. 2 avril 1886). (Cassat. 1^{er} janv. 1885).

Avec une pareille doctrine, que signifie le mot acte de gouvernement ? Ce terme perd sa signification particulière et devient inutile. Si l'administration n'agit que dans les limites que lui trace la loi, le recours est fermé au particulier ; si au contraire elle outrepassé des pouvoirs, viole le droit ou lèse l'intérêt de l'individu, celui-ci pourra, en se réclamant de la loi, porter son recours devant une juridiction qui l'accueillera ? Cette théorie soumet le prétendu acte gouvernemental aux règles ordinaires du contentieux administratif et il n'est nullement besoin, pour aboutir à ce résultat, de maintenir la théorie exceptionnelle de l'acte de gouvernement. Nous sommes donc parfaitement d'accord avec l'opinion générale.

Et voici un exemple qui servira à fixer un point sur lequel le Conseil d'État a longtemps hésité. Le ministre de l'Intérieur et les préfets peuvent prendre des arrêtés

d'expulsion à l'égard d'étrangers en vertu de la loi du 3 décembre 1849. Ce sont là des mesures de sûreté publique au premier chef. N'y a-t-il pas de recours contre ces décisions ? Le Conseil d'État, par une jurisprudence récente, s'est déclaré le juge de la légalité de ces arrêtés. Si l'individu expulsé, excipant de sa prétendue qualité de Français, se prétend lésé dans son droit, le Conseil d'État examine l'affaire au fond. Il refuse donc à ces actes le caractère gouvernemental. (Cons. d'Ét., 14 mars 1884. Conclusions de M. Le Vasseur de Précourt, Panhard, p. 214). On ne conteste pas non plus aux tribunaux correctionnels chargés d'appliquer les pénalités édictées par la loi du 3 décembre 1849 le droit de vérifier si les arrêtés avaient été légalement pris par l'autorité compétente (Cassation, 3 décembre 1883).

Faits de guerre.

Le dommage causé aux particuliers pendant une guerre, et qui est une conséquence de la lutte, constitue un fait de guerre. Ce fait de guerre à son tour constitue un acte de gouvernement et tout recours à son propos est irrecevable.

Voici donc encore ici une nouvelle catégorie de faits qualifiés actes de gouvernement. Loin d'avoir la prétention de définir le fait de guerre nous croyons que

cette qualification ne peut s'attribuer à un acte de guerre qu'à raison d'une appréciation des faits. Cependant puisqu'on attribuait au fait de guerre la qualité d'acte gouvernemental, on devait nécessairement établir le critérium de distinction entre ce qui était fait de guerre et ce qui ne l'était pas.

Selon une première opinion le fait de guerre consisterait essentiellement en un fait accidentel, excluant de la part de l'autorité militaire toute préméditation, toute libre délibération. La spontanéité de l'acte et sa fatalité seraient donc, ici, le fait distinctif du fait de guerre.

Un second système, diamétralement opposé au précédent, reconnaît le caractère de fait de guerre à des actes de pure prévoyance préparés longtemps à l'avance avec pleine réflexion, même en dehors du théâtre de la lutte (Cons. d'Ét., 26 mars 1823).

Enfin l'opinion qui prévalut en jurisprudence fut celle qu'exposa M. Laferrière, commissaire du gouvernement, dans ses très remarquables conclusions sur l'affaire Pesty-Rémond; (Cons. d'Ét. 9 mai 1873, Hallays-Dabot, p. 408). Elle constitue un système mixte entre le premier qui est trop restrictif et le second qui généralise trop le fait de guerre; elle consiste à dire que des simples dispositions stratégiques peuvent constituer des faits de guerre, mais à condition qu'elles se produisent pendant la période d'action militaire, sur le théâtre de cette action et qu'elles aient avec elle un lien direct et im-

médiat et non des relations purement contingentes. Elle exige donc que l'acte qualifié fait de guerre fasse corps avec l'action militaire ; ce dernier point restant une question de fait abandonnée dans chaque espèce à l'appréciation du juge. (V. *Développement* Laferrière, tome II p. 55 *op. cit.*).

L'action dommageable sera ou ne sera pas fait de guerre selon l'appréciation des faits. M. Laferrière, à la fin de ses conclusions, conseille de s'en tenir » au sens naturel des mots, à la nature des choses, aux notions de l'expérience et du sens commun sur la guerre et les nécessités qu'elle comporte ».

Sans aucun doute ; mais la question étant ainsi posée et la distinction nettement dégagée, il reste à se demander ce que vient faire ici la théorie de l'acte de gouvernement. Prétend-on baser la distinction sur cette théorie. Elle vient s'ajouter, par surcroît, à la distinction très habilement faite par M. Laferrière et ne l'explique nullement. Il y a acte de gouvernement là où s'établit la batterie de siège, là où passe la colonne d'assaut, là où porte le boulet de canon, pourquoi n'y en a-t-il pas là où l'autorité militaire prend à l'avance des précautions nécessaires loin du cours des opérations stratégiques. Est-ce que dans ce dernier fait l'autorité militaire ne gouverne pas tout autant que quand elle se défend contre la spontanéité, la fatalité des circonstances ?

La véritable raison de la distinction est renfermée

dans les mots « nécessités immédiates de la lutte » qui se trouvent à la fois dans le langage de la doctrine (Lafer. t. II p. 55 *op. cit.*) et dans celui de la jurisprudence (Tribun. des Conflits, arrêts 11 janv. 1 fév. et 15 mars 1883; Cons. d'État, 9 mai 1877).

Les mots « nécessités immédiates de la lutte » sont synonymes de « force majeure ». Comme le dit M. Laferrière lui-même : le fait de guerre est tout événement qui s'impose comme le résultat d'une force majeure ou d'une nécessité immédiate de la lutte (t. II, p. 55).

Et l'argumentation à faire pour justifier la distinction proposée est celle-ci : les faits de guerre sont des faits de force majeure au même titre que les accidents, les fléaux publics, les épidémies, les inondations : chacun les supporte sans en rendre personne responsable ; de même personne ne pourra rendre responsable l'État du dommage occasionné par le fait de guerre. Le juge du fait appréciera s'il y eut ou non raison majeure ou nécessité immédiate de la lutte.

Et s'il y eut raison majeure il n'y aura aucun recours ouvert au particulier, ni à fin d'annulation, ce qui est évident, ni à fin d'indemnité. Si l'acte à raison duquel le particulier réclame fut un simple acte de prévoyance, indépendant de toute force majeure ; s'il a été intentionnellement voulu à l'avance, fût-il, par un lien logique, relié aux opérations stratégiques en cours, il n'y aura pas eu force majeure, donc le recours sera ouvert au particulier. Encore ici on le voit, un principe juridi-

que universellement admis suffit à expliquer le refus de dédommagement par suite du fait de guerre ; ici encore, la théorie de l'acte de gouvernement est écartée comme inutile.

Et ce principe juridique de la raison majeure que nous invoquons a été la cause obscure peut-être, mais certaine, des décisions du Conseil d'État et de l'Assemblée nationale. Le Conseil d'État l'a confusément mis à la base de son arrêt du 9 mai 1873 lorsque, évitant d'invoquer la théorie de l'acte de gouvernement, il rejette un recours parce que le fait incriminé « s'est imposé comme nécessité ».

L'Assemblée nationale, elle, fut plus explicite. De longs débats précédèrent le vote de la loi du 12 septembre 1871 qui admit qu'un dédommagement serait accordé aux victimes de la guerre. MM. Albert Grévy, Louis Passy et Buffet soutinrent qu'on devait inscrire dans la loi le principe d'une « indemnité », d'une « dette » due par l'État aux particuliers qui auraient acquitté des contributions de guerre ou subi des réquisitions et des dommages matériels : « La guerre n'est pas un cas de force majeure » disaient-ils. M. Thiers, dans un beau discours qui entraîna l'Assemblée, combattit avec énergie le principe qu'on voulait inscrire dans la loi ; « il s'agit d'un acte de bienfaisance et de générosité nationales... Je viens vous offrir un large et généreux *soulagement*, un soulagement qui n'est pas une *dette*, permettez-moi d'appuyer sur le mot... Savez-

vous quel est le principe qui en ceci a fondé le droit ? C'est que lorsque le gouvernement a fait intentionnellement un acte avec une volonté arrêtée, non pas au hasard, mais avec réflexion il doit l'indemnité tout entière, conséquence du dégât qu'il a causé. L'État n'indemnise jamais des hasards de la guerre. Il n'indemnise que des dommages volontaires, intentionnels, réfléchis dont il est l'auteur ». (Séance, 5 août 1871 *Journ. off.* p. 2484).

L'assemblée vota le principe d'un « soulagement », d'un « secours » et le 14 avril 1873 une loi alloua, à titre de secours, 260 millions aux victimes de la guerre. Les commissions chargées de répartir ces secours décidaient en dernier ressort. En effet, les particuliers n'ayant aucun droit à une indemnité, il leur était alloué une somme à titre de « secours » et ils ne pouvaient se plaindre de la décision prise à leur égard.

Exercice du droit de grâce.

On met au nombre des actes du gouvernement les décrets par lesquels le chef de l'État exerce son droit de grâce. Les recours contre ces actes ne sont en effet recevables devant aucune juridiction, même devant le Conseil d'État pour excès de pouvoir. Mais pourquoi faire intervenir, à propos de ces décrets, le caractère gouvernemental ? Ne sont-ce pas là des actes abso-

lument discrétionnaires et le chef de l'Etat trouve-t-il dans un seul texte législatif une limite à l'exercice de ce droit ?

Collation de titres de noblesse.

Le chef de l'Etat peut accorder des titres de noblesse. Le décret par lequel se fait cette collation de titres ne peut être attaqué parce qu'il constitue un acte de gouvernement. Voici donc une nouvelle classe d'actes de gouvernement. Ici encore, la qualification qu'on accorde à ces décrets est inutile. Le recours est impossible contre le décret du chef de l'Etat parce que la prérogative qu'il exerce en attribuant un titre quelconque à une famille déterminée est discrétionnaire. La loi ne soumet l'exercice de ce droit à aucune condition de fond ou de forme. Aucun droit individuel n'étant violé, aucun vice de forme n'étant commis, le recours est impossible. Le défaut de recours ne provient donc pas de la qualité gouvernementale de l'acte.

Et ceci est tellement exact que la doctrine et la jurisprudence accordent un recours à tout individu atteint dans le droit que constitue pour lui la propriété privée de son nom. Le Conseil d'Etat et les auteurs déclarent que dès qu'il y a droit violé, il y a réclamation contentieuse et non plus fin de non-recevoir. Dans le cas contraire, il n'y a pas de recours. — Cons. d'Et. 28.

mars 1866; — Aucoc, *op. cit.* I p. 446; Batbie, t. VII, n° 395; L'Hôpital, Dalloz 66. 3. 49.

Rapports internationaux.

L'opinion de la doctrine est que les actes diplomatiques et les décisions que prend chaque gouvernement pour en assurer l'exécution constituent des actes politiques et de gouvernement qui échappent par leur nature à la censure de toute juridiction.

Ici encore nous considérons les solutions admises généralement par la jurisprudence comme exactes; mais il n'est pas utile d'invoquer la théorie des actes de gouvernement.

Un tribunal français, judiciaire ou administratif, peut-il infirmer ou interpréter l'acte diplomatique intervenu entre le gouvernement français et les gouvernements étrangers? Non, dit-on, ce sont là des actes de gouvernement. Ne vaudrait-il pas mieux répondre négativement et dire que que les tribunaux français n'ont aucun droit de juridiction sur le gouvernement étranger intervenu au contrat international?

Mais peut-on engager une action contentieuse, pour obliger le gouvernement à intervenir auprès des puissances étrangères afin d'obtenir la réparation de dommages causés à nos nationaux? Encore ici on invoque la qualité gouvernementale de cette sorte d'actes. Il

suffit pourtant de dire que le fait de protéger des nationaux par une action diplomatique ou militaire, rentre dans le pouvoir discrétionnaire du gouvernement. Sans doute l'Etat est moralement obligé de protéger ses nationaux, mais ceux-ci ne peuvent invoquer aucun droit à la protection de l'Etat, droit sanctionné par un texte quelconque. Seul le gouvernement dans ces délicates questions doit juger de la valeur de la réclamation et de son opportunité. La jurisprudence est en ce sens et doit être approuvée : (14 décembre 1854, Blancard ; 4 juillet 1862, Simon ; 8 février 1864, Chevalier ; 12 janvier 1877, Dupuy ; 10 février 1893, Thubé-Lourmand).

Si le gouvernement a reçu d'une puissance étrangère, en vertu d'accords diplomatiques, une somme destinée à réparer des dommages causés à des nationaux, la répartition de cette somme constitue, dit-on, un acte de gouvernement et ne peut à ce titre être susceptible de recours contentieux. Cette solution est exacte, mais le motif qu'on en donne ne l'est pas. L'obligation pour le gouvernement d'employer cette somme à réparer les dommages n'existe que de gouvernement à gouvernement. Cette obligation existe-t-elle à l'égard du particulier et celui-ci peut-il, dès lors, invoquer un droit corrélatif. Nous ne le pensons pas. La somme distribuée par le gouvernement le sera à titre de secours gracieux.

Reste à poser une dernière question : Si le gouver-

nement pour remplir ses obligations envers un gouvernement étranger impose des sacrifices à ses nationaux, peut-il être attaqué par la voie contentieuse en réparation du dommage occasionné. La jurisprudence n'a pas hésité à dire quelquefois que ces actes, étant empreints d'un caractère international, constituaient des actes de gouvernement et comme tels étaient soustraits à toute réclamation contentieuse. Cette jurisprudence n'est pas admissible. Il faudrait pour que la réclamation fût rejetée, que le gouvernement se fût trouvé sous le coup de la force majeure ; l'appréciation dès lors appartiendrait aux tribunaux. Mais dire, par exemple, que les réquisitions de vivres et de logement, lorsqu'elles ont pour but l'exécution d'une convention diplomatique, sont dispensées des règles de droit commun en cette matière, ceci ne nous semble pas acceptable. Le gouvernement français peut être obligé envers le gouvernement étranger, mais le sacrifice qu'il impose à la propriété privée en vue de remplir son obligation doit être susceptible d'une réclamation. (Goulet, 14 septembre 1872. *Conflits* ; Villebrun, *Conflits* 30 juin 1877 ; Sicard, *Conflits* 15 novembre 1879, D. 80, 3, 95 ; comparer : Bulin, *Conflits* 11 mai 1872, D. 72, 3, 85).

L'examen des principaux actes de gouvernement est achevé. Il semble qu'on peut, sans être accusé de témérité, nier l'existence d'une classe spéciale d'actes de puissance publique dits actes gouvernementaux. Le nombre de ces actes de gouvernement a été très

réduit par une doctrine savante qui, par le souci formel ou tacite de garantir le droit individuel n'a fait rentrer dans cette catégorie d'actes gouvernementaux que des actes déjà soustraits à tout recours en vertu de raisons diverses.

On l'a vu, la négation de l'acte gouvernemental s'adapte parfaitement aux solutions actuelles de la jurisprudence et elle ne livre pas le pouvoir exécutif au hasard des revendications individuelles. Une théorie unanimement adoptée par la jurisprudence et la doctrine, ce qui est un appoint considérable en sa faveur, se trouve supprimée du droit public.

Mais cette suppression ne constitue pas heureusement un vide. On pourrait simplement dire que les questions trop superficiellement tranchées, à l'aide de la théorie des actes gouvernementaux, sont examinées avec un esprit plus rigoureusement juridique. On se livre à une soigneuse analyse de chaque acte de puissance publique dit de gouvernement, et il se trouve qu'il n'est nullement besoin d'invoquer cette qualité spéciale pour le faire échapper au recours contentieux. Par la seule force des choses et en vertu des seuls principes juridiques existants, ces actes échappent à tout recours ; il est donc inutile de chercher la raison de la suppression de tout recours dans leur prétendue qualité gouvernementale, et la conclusion est que la théorie des actes de gouvernement a les pires défauts : elle est inutile et peut devenir dangereuse.

Cette thèse a déjà trouvé, en M. Hauriou, un contradicteur, (Hauriou, *op. cit.* 1897 3^e éd. p. 286 et 287). Tout en reconnaissant que les recours peuvent parfois être écartés par les seuls principes juridiques existants, M. Hauriou déclare que ce serait s'opposer au développement de ces principes que de ne pas mettre franchement hors du droit les actes de gouvernement.

Et pour prouver cette affirmation il prend comme exemple les décrets de convocation et d'ajournement des Chambres. Pourquoi le Conseil d'Etat ne serait-il pas compétent pour juger le recours pour excès de pouvoir dirigé contre ces décrets ? Parce que le Conseil d'Etat ne constitue pas un tribunal chargé de trancher les conflits entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif ? « Mais il serait dangereux de restreindre ici la compétence du Conseil d'Etat sous prétexte qu'il n'est pas une juridiction constitutionnelle parce que ce prétexte pourrait être invoqué ailleurs ». Il vaut donc mieux alors restreindre la compétence du Conseil d'Etat sans invoquer aucun prétexte, en s'appuyant purement et simplement sur la théorie de l'acte gouvernemental qui n'a pas de signification précise ?

« On prétend, dit M. Haurion, que personne n'a qualité pour intenter le recours, que les Chambres n'ont point capacité d'ester en justice. Pourquoi pose-t-on ce principe ?... Ainsi on arrête le développement de ce principe général, à savoir que les assemblées élues peuvent ester en justice ». La théorie qui nie l'existence

de l'acte gouvernemental n'a nullement besoin d'arrêter le développement de ce principe général. Il suffit de faire remarquer qu'aucun de ses partisans n'a posé en principe que les Chambres constituées en corps ne peuvent ester en justice. (V. Gautier *op. cit.* I. p. 5 ; Michaud *op. cit.* 314 ; Brémont. *op. cit.* 45). Bien au contraire ils leur reconnaissent théoriquement ce droit.

Enfin M. Hauriou ajoute que tout le monde est d'accord pour reconnaître que les actes du gouvernement ne peuvent pas motiver des demandes d'indemnités pécuniaires contre l'État. Puisqu'il y a impossibilité pratique à l'universelle responsabilité pécuniaire de l'État il y en a aussi à l'universel examen contentieux (Hauriou, 1897, p. 287, note). De nombreux partisans de la théorie des actes gouvernementaux ne peuvent accepter cette raison. MM. Aucoc et Dareste qui reconnaissent aux tribunaux judiciaires le droit de protéger le droit individuel, doivent nécessairement admettre devant ces tribunaux le recours à fin d'indemnité contre l'acte de gouvernement. Il n'y a donc pas ici l'unanimité d'opinion dont se réclame M. Hauriou.

III

Le bill d'indemnity.

Une autre objection autrement sérieuse est faite à la théorie qui nie l'existence de l'acte de gouvernement. On l'accuse d'énervé le pouvoir exécutif dans son action, de paralyser les pouvoirs publics dans les circonstances les plus difficiles. Si on ne consent pas à mettre certains actes hors de la légalité, le gouvernement dans les moments de crise se trouvera dans l'impuissance. En admettant que la théorie des actes de gouvernement soit dangereuse il faut reconnaître qu'elle est nécessaire et parfois bienfaisante. Il y a vraiment dans certains cas raison d'Etat et obligation pour le gouvernement d'accomplir des actes dont il n'est pas moralement responsable ; en effet, les rivalités internationales, les passions des partis politiques, les désordres de diverse nature dans une société sont et seront des réalités redoutables. Il faut admettre l'existence d'actes de gouvernement, car ce sont des actes que le gouvernement est obligé d'accomplir sous peine de mettre en péril l'existence de l'État. Seule la théorie des actes gouvernementaux présente assez d'élasticité pour permettre au pouvoir exécutif d'agir en pleine liberté d'action, dans ces conjonctures redoutables.

Elle est donc à la fois bienfaisante et nécessaire, surtout dans un Etat centralisé.

Il faut reconnaître que la jurisprudence et la doctrine actuelles ayant réagi contre la théorie du second empire s'accommodent mal de ce raisonnement ; elles obligent les autorités publiques à se renfermer strictement dans les limites tracées par la loi et leur refusent le droit de s'investir elles-mêmes de pouvoirs que le législateur a omis de leur accorder. Ceci, parce que chez elles la théorie de l'acte du gouvernement n'existe guère que de nom et, on l'a vu par l'analyse de chaque catégorie d'actes gouvernementaux, est complètement inutile.

Le raisonnement qui précède s'inspire uniquement de la théorie du but qui est unanimement rejetée. Il n'a donc pas de portée contre notre théorie.

Toute notre thèse procède de cette phrase de Rousseau : il n'y a de liberté que là où il y a des lois et là où personne ne peut se mettre au-dessus des lois. Contre l'abus de pouvoir, nous protégeons le droit individuel en déclarant que tout gouvernement qui se met au-dessus des lois engage sa responsabilité, et non seulement sa responsabilité politique, mais aussi sa responsabilité judiciaire. L'auteur de l'acte illégal, d'une atteinte à la liberté individuelle ou à la propriété, d'une violation de domicile sera poursuivi et jugé selon la loi. Quelles que soient les circonstances, si un ministre prend à l'égard d'un particulier une mesure illé-

gale ou commet une infraction à une loi quelconque, il le fait à ses risques et périls et sous sa responsabilité judiciaire. Qu'un ministre par exemple porte atteinte à la liberté individuelle d'un particulier, c'est une infraction à la loi et cet acte arbitraire donnera lieu à la fois à deux responsabilités, l'une pénale, l'autre civile dont la connaissance appartient aux tribunaux ordinaires. En effet l'art. 6 de la loi du 25 juillet 1875 déclare les ministres individuellement responsables de leurs actes personnels sans aucune exception à l'ordre des juridictions. Le Code Pénal de son côté confirme énergiquement la double responsabilité du ministre en cette circonstance : « Lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du gouvernement aura ordonné ou fait quelque acte arbitraire ou attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, il sera condamné », soit à une peine (art. 114), soit par la voie civile à des dommages-intérêts (art. 119). Il résulte de ces textes que cette responsabilité pénale ou tout au moins civile donne lieu à poursuite devant l'autorité judiciaire. Les tribunaux ordinaires sont compétents.

Des adversaires déterminés de l'acte gouvernemental n'ont pas voulu admettre les conséquences dernières de la responsabilité du gouvernement et se sont laissé arrêter par l'objection qui précède.

L'intérêt du pays, disent-ils, exige quelquefois une dérogation aux lois établies et il ne faut pas que le res-

pect superstitieux de la légalité retienne le gouvernement dans l'impuissance et fasse périr la société. A des situations extraordinaires il faut des remèdes extraordinaires. Quelquefois donc le pouvoir exécutif sera forcé de prendre des mesures illégales, selon ce qu'on a appelé « le droit de nécessité ». Dans toutes les circonstances extrêmes, refusera-t-on au gouvernement ce droit de se mettre au-dessus des lois? Ce serait puéril, car le gouvernement se mettrait par la force des choses au-dessus de toutes les négations et de toutes les résistances légales.

Mais, ajoutent-ils, le gouvernement qui encourt les lourdes responsabilités précédemment énoncées osera-t-il se mettre au-dessus de la légalité? La crainte des poursuites et des jugements ultérieurs ne l'enchaînera-t-elle pas, tandis que son action eut été décisive pour le salut de la société? Car, il ne peut pas apprécier lui-même la nécessité de l'acte et interdire aux tribunaux d'en connaître, à raison de sa nature gouvernementale. D'autre part, les tribunaux jugeront nécessairement d'après les lois existantes et ne permettront pas d'en effacer un article sous prétexte de nécessité sociale. La responsabilité du gouvernement constitue donc ici un danger pour la société.

MM. Labbé, Michoud et notre savant maître M. Lar-naude, dans son enseignement, veulent faire disparaître cette dangereuse responsabilité, au cas probable où on abandonnerait cette théorie des actes de gouvernement,

par un expédient habile : ce serait le bill d'indemnity des Anglais. Le pouvoir exécutif a, d'après la loi, des fonctions précises ; ses décisions n'ont jamais la force souveraine de la loi ; il ne peut donc déroger aux lois établies. Mais il y a dans notre organisation constitutionnelle un pouvoir dont les décisions, quelles qu'elles soient, doivent être respectées par la justice : c'est le pouvoir législatif.

Or, s'il appartient à quelqu'un dans l'État d'approuver un acte exorbitant du droit commun, c'est non pas au chef de l'État, mais aux Assemblées législatives. Le Parlement relèvera donc le gouvernement de sa lourde responsabilité par une loi, par un bill d'indemnité. Lui seul a assez de pouvoir pour juger du degré de nécessité sociale, et pour servir d'arbitre entre la loi et le péril social. Et, au point de vue du droit individuel, la question est simplement de savoir s'il ne vaut pas mieux avoir la garantie d'une loi que celle d'un acte décidé par le conseil des ministres.

On sait que l'acte du pouvoir exécutif, approuvé par ordre du jour des Chambres, n'est pas pour ce motif soustrait à tout recours contentieux judiciaire ou administratif. L'acte reste ce qu'il est, un acte arbitraire ; la justice ne peut pas y voir autre chose, et continue son cours. La ratification de l'acte illégal doit se faire par une loi en bonne et due forme, par une loi faite avec toutes les formes de la procédure parlementaire, chaque assemblée y collaborant dans la mesure prévue

par la Constitution. On trouve ici des garanties qui ne sont pas à dédaigner : la nécessité d'un débat public, l'obligation de formuler la ratification de l'acte illégal en un texte de loi qui réunisse l'accord des deux Chambres, et les délibérations diverses.

Et voici comment les choses se passeraient : un agent du pouvoir exécutif a accompli un acte illégal. Le particulier lésé qui se prévaut d'une violation d'un droit privé saisira le tribunal ordinaire d'une demande en réparation et en dommages-intérêts. L'acte illégal motivera une condamnation contre son auteur au profit du particulier lésé. Si la question de ratification est portée devant les Chambres, le tribunal surseoit à statuer. Il arrête le procès, si le pouvoir législatif a approuvé et confirmé par une loi spéciale, par une loi rétroactive l'acte exceptionnel du pouvoir exécutif. L'action de la justice est arrêtée par ce bill d'immunité.

Telle est la théorie que l'on propose pour répondre à l'objection qui nous accuse d'affaiblir le pouvoir exécutif. Il nous est impossible de faire cette redoutable concession à l'omnipotence du pouvoir législatif. Au point de vue des principes d'abord, il faut dire que c'est se faire une fausse idée de l'exercice de la souveraineté que de l'attribuer intégralement au Parlement ainsi que le fait cette théorie. Le Parlement exerce la souveraineté en ce sens qu'il fait des lois, c'est-à-dire des règles générales applicables à l'avenir. Son rôle n'est pas de légitimer ou de ratifier après coup l'infraction.

particulière aux lois établies ; il n'est pas de faire un acte, auquel il donne une forme spéciale, et qui annihile l'effet d'une loi dans telle circonstance donnée.

On ajoute que les lois d'exception relatives à un seul homme, à un seul fait, et par conséquent les lois rétroactives légalisant dans le passé une infraction commise par les agents du pouvoir exécutif ne sont défendus par aucun texte. Aucun texte non plus ne les autorise.

Sans doute, l'acte fait en forme de loi s'impose aux pouvoirs publics comme aux particuliers et aucun pouvoir n'a le droit de juger la loi. Si le pouvoir législatif s'emploie à légaliser des infractions commises aux lois existantes, si même il viole la constitution, il n'existe aucun pouvoir assez haut placé pour juger son acte législatif et en empêcher l'exécution. Le pouvoir législatif se met ici en dehors de son rôle habituel. S'il reste sur le terrain de la légalité, il peut sortir du domaine de la justice ; il peut faire une loi, ou du moins un acte en forme de loi qui viole le droit ; il peut par cela même, absoudre tous les abus de pouvoir possibles.

Et c'est ici le lieu de regretter qu'il n'existe pas, dans notre organisation constitutionnelle, un pouvoir ou un tribunal rendu assez puissant par la confiance de l'opinion publique et par son éloignement des luttes des partis pour protéger à l'encontre du législateur, et la constitution elle-même et ce qui a été appelé dans un texte de notre droit public « les droits de l'individu

antérieurs et supérieurs aux lois positives ». (Art. 3, préambule, Constitution 1848).

Et précisément parce que ce pouvoir n'existe pas, nous ne pouvons accepter une théorie qui, sous son aspect logique, n'est pas moins dangereuse que la théorie des actes de gouvernement.

Dans le parlementarisme moderne, en effet, le Parlement reconnaît dans les ministres les chefs de sa majorité. Une même politique guide le ministère et la majeure partie des membres des Assemblées législatives. Pourquoi dès lors un ministre, suivi et soutenu par sa majorité hésiterait-il à accomplir des actes illégaux ? Est-ce parce qu'on exige une loi au lieu d'un ordre du jour ? La différence qui existe dans la forme de ces deux actes, émanant tous deux des Assemblées législatives, ne paraît pas suffisante. L'abus de pouvoir, au contraire, sera peut-être plus fréquent : le ministre presque sûr de se décharger de sa responsabilité sur les Chambres l'accomplira sans hésitation.

D'ailleurs, pourquoi parler autant des circonstances extraordinaires qui motiveront des mesures illégales. Quand l'ordre est troublé à l'intérieur par des discussions politiques ou autres, quand la patrie est menacée, est-il indispensable pour réprimer le désordre ou combattre l'ennemi, d'autoriser le gouvernement à se mettre au-dessus des lois ? Le gouvernement n'est-il pas suffisamment armé par ce qu'on peut ici très juste-

ment appeler « l'arsenal de nos lois ? Si le gouvernement ne veut agir que dans les limites légitimes exigées par les circonstances et permises par le droit individuel, il pourra défendre la société en restant dans la légalité, c'est-à-dire en s'autorisant d'un des textes innombrables qui réglementent son action.

Dire, comme le font les partisans des actes gouvernementaux, que leur théorie est indispensable et bienfaisante parce qu'elle donne au gouvernement le pouvoir nécessaire en temps de crise, c'est oublier que l'exercice de la puissance exécutive est réglementé légalement aussi bien à l'occasion des périodes de trouble ou de péril social qu'à l'occasion des périodes de calme. Ainsi tombe l'objection de nos adversaires et avec elle la théorie de l'omnipotence du pouvoir législatif qu'elle motivait.

N. B. — Nous ne consentirions à relever les ministres des responsabilités par eux assumées à l'occasion d'actes illégalement accomplis qu'au moyen de la loi d'amnistie. Le bénéfice de cette loi imprimerait aux actes qui la motiveraient un caractère peu honorable : et ce serait ainsi la garantie du respect de la légalité dans la plus large mesure possible.

Un autre procédé pourrait être le plébiscite ; il fut employé par le prince Louis Bonaparte qui fit ratifier ainsi des actes de force illégaux. Mais pour se risquer à employer cet expédient il faut être bien sûr de soi-même et des événements. Le danger même de ce procédé de ratification en garantirait la rareté.

CHAPITRE IV

L'ACTE DE GOUVERNEMENT A L'ÉTRANGER

Ayant vu le système du droit positif français et aussi celui de la doctrine et de la jurisprudence, nous essayerons, d'exposer les systèmes en vigueur dans les principaux États étrangers. Les législations étrangères présentent une grande diversité, mais il n'est peut-être pas impossible de les ramener à quelques types principaux. D'ailleurs ce n'est pas l'acte de gouvernement proprement dit qui nous intéressera spécialement dans cette étude de la législation étrangère. Si la chose n'est pas partout inconnue, le nom du moins l'est complètement. Seul, le droit public français renferme une théorie spéciale des actes de gouvernement.

Nous étudierons plutôt dans les diverses législations la possibilité du recours contre les actes de puissance publique. Nous examinerons si, parmi ces actes de puissance publique, il s'en trouve qui, pour des raisons d'ordre politique, soient soustraits au contrôle de toutes les juridictions.

Ce point de vue nous permet de partager les États étrangers en plusieurs systèmes : le système germanique et italien qui se rapproche le plus du système français : le système espagnol et autrichien ; le système belge ; enfin le système anglo-américain qui en est le plus éloigné. Il n'est donc pas impossible de coordonner les systèmes en vigueur dans les principaux états et de les ramener à quelques types distincts.

Allemagne.

Depuis 1871, il y a en Allemagne une législation fédérale très développée et il y a eu de très importantes modifications à la législation antérieure.

Le Code d'organisation judiciaire allemand du 27 janvier 1877 pose en principe que « les tribunaux ordinaires connaissent de toutes les affaires contentieuses et criminelles qui ne sont pas de la compétence des autorités administratives ».

En matière administrative contentieuse, la compétence appartient soit aux tribunaux judiciaires, soit aux tribunaux administratifs, soit à l'administration active. Or, de tout temps, le droit public allemand a consacré une distinction entre les réclamations qui sont dirigées contre l'Etat, considéré comme fisc (c'est-à-dire comme personne civile, partie contractante par opposition à l'Etat puissance publique), et celles qui sont dirigées contre l'Etat considéré comme puissance publique.

« Agissant comme puissance publique, l'Etat ne peut se trouver soumis aux règles et aux obligations du droit privé ; comme fisc au contraire, l'Etat peut acquérir des droits et avoir des obligations selon les règles du droit commun ». Von Rönne *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie* 1883, t. 3, p. 583). « La voie de droit (Rechtsweg) ajoute-t-il, n'est pas ouverte contre l'Etat puissance publique qui ne peut discuter avec ses subordonnés sur ses droits éminents et leurs conséquences », (*op. cit.* p. 485). Ainsi donc les actes de l'Etat considéré comme puissance publique, par exemple toutes les décisions du chef de l'Etat, du ministre et autres représentants de l'autorité centrale, toutes les décisions où apparaît le droit de commandement restent en dehors du contentieux administratif.

La conséquence est que les litiges administratifs les plus nombreux et les plus importants sont laissés au pouvoir discrétionnaire de l'administration ; et de cette façon, une grande partie des actes administratifs, ne donnant lieu à aucun recours contentieux constituent de véritables actes de gouvernement. Il en est ainsi, d'une façon générale, de la voirie et des impôts.

Ainsi « les réclamations contre la répartition et l'assiette des contributions publiques, pour lesquelles les tribunaux administratifs ou judiciaires sont si largement ouverts en France, ne peuvent être portées, en général, que devant les administrations financières supérieures ». (Laferrière, *op. cit.* t. 2, p. 36). Sous ce

rapport, notre situation est incomparablement meilleure que celle de l'Allemagne et offre sur ce point plus de garanties de justice à l'individu (Dareste, *Bull. Leg. Comp.* 1873, p. 278). Une partie de la doctrine en Allemagne tend à réagir contre cette situation. On voudrait que les attributions des tribunaux administratifs fussent étendues à des matières qui sont encore sans juges. M. Stengel voudrait que la juridiction reçût le contentieux des impôts et que, dans un grand nombre de cas, les décisions des ministres qui sont souveraines pussent être déférées au tribunal administratif supérieur. (*Die organisation der preussischen Verwaltung* p. 556).

Italie.

La législation italienne a reçu des modifications profondes, à deux reprises différentes, en ce qui concerne le contentieux administratif.

Par la loi du 20 mars 1865, le législateur avait supprimé la juridiction administrative ou à peu près. L'article 2, annexe E de la loi, disait : « sont déférés à la juridiction ordinaire tous les procès pour contraventions et toutes les matières dans laquelle est mis en question un droit civil ou politique, de quelque façon que puisse y être intéressée l'administration publique et nonobstant les mesures prises à ce sujet par le pouvoir exécutif ou l'autorité administrative ».

Un individu lésé dans son droit par un acte de l'autorité administrative portait sa réclamation devant le tribunal judiciaire et l'administration était tenue de se conformer en l'espèce, mais en l'espèce seulement, à la décision rendue. Elle seule avait le droit d'annuler ou de réformer l'acte. On retrouvera cette idée dans le système belge. (Dubois, *Le contentieux administratif en Italie*). Laissant de côté les défauts de détail de ce système italien qui étaient considérables, il faut reconnaître que le droit individuel n'était qu'insuffisamment protégé. Le tribunal judiciaire en effet ne pouvait qu'arrêter l'acte gouvernemental, en faire cesser les effets. Des dommages pouvaient avoir été causés au particulier avant que défense fût faite à l'administration, par l'autorité judiciaire, de maintenir l'acte accompli. Or, le droit public italien n'autorise de poursuites pénales ou civiles contre l'auteur d'un acte illégal de puissance publique que difficilement. La réparation pouvait n'être pas accordée au particulier. Quoiqu'il en soit, sous le régime de l'article 2, loi du 20 juin 1865 l'Italie ne connaissait pas la théorie de la jurisprudence française relativement aux actes de gouvernement : « Nonobstant les mesures prises par le pouvoir exécutif » est soumise à la juridiction ordinaire toute matière dans laquelle est mise en question un droit quelconque. On visait ici les droits les plus personnels que viendraient à léser des mesures de l'autorité politique. On était donc loin de vouloir soustraire au contrôle de la

juridiction ordinaire, sous prétexte de raison politique, tels actes d'autorité déterminés. (Dubois, *Contentieux Administratif en Italie*, p. 25).

Mais la législation italienne a été totalement remaniée. Le contentieux administratif et conséquemment la question de l'acte gouvernemental sont régis par les lois nouvelles du 31 mars 1889 et du 1^{er} mai 1890. (*Annuaire de législation étrangère*, 1889 p. 401 et 1891 p. 379).

La loi du 31 mars 1889 rétablit la juridiction contentieuse du Conseil d'Etat. Elle établit un recours pour excès de pouvoir contre les actes de diverses autorités administratives. On ne peut certainement contester le bien fondé de cette loi nouvelle. Antérieurement, sous le régime de la loi de 1865 qui, nous l'avons déjà dit, était défectueuse, des particuliers lésés par un acte administratif ne pouvaient trouver de juges. Depuis la loi de 1889 tout acte administratif entaché d'illégalité peut être déféré au Conseil d'Etat.

Malheureusement au point de vue de la théorie qui nous occupe, nous trouvons dans cette loi si récente la consécration d'un système que nous réprouvons. L'article 24, paragraphe 2, de la loi du 31 mars 1889 est, à notre connaissance, le seul texte législatif existant qui ose ainsi mettre hors de la légalité des actes du gouvernement accomplis sous l'empire de raisons politiques. Il est ainsi conçu : « Le recours n'est pas admis s'il s'agit d'actes ou de mesures émanées du

gouvernement dans l'exercice de son pouvoir politique ». Il n'est pas un abus de pouvoir qui ne puisse trouver dans ce texte sa justification, car on ne peut poser aucune limite, et quelle que soit la nature de l'acte, si gravement qu'en souffrent les droits privés, le gouvernement pourra toujours écarter le contrôle des tribunaux en déclarant qu'il a agi dans l'exercice de son pouvoir politique.

Ceci nous paraît être en effet la théorie de l'acte de gouvernement sous sa forme odieuse et redoutable à la fois ; c'est la théorie du but, telle qu'elle fut appliquée en France sous le second Empire.

Cette grave restriction à la possibilité du recours contre les actes du gouvernement fut très discutée lors de la préparation de la loi et ce ne fut pas sans raison. Les jurisconsultes italiens s'efforceront peut-être pour réparer cette imprudence du législateur, d'emprunter à la doctrine française la théorie selon laquelle les seuls actes soustraits au contrôle des diverses juridictions sont ceux qui sont gouvernementaux par leur nature. Jusque-là, ce texte peut justifier toutes les illégalités.

Les droits individuels, en Italie, avec un texte semblable sont en butte à toutes les violations. La théorie de la jurisprudence française est relativement aux actes de gouvernement infiniment plus protectrice des droits de l'individu. Il ne faut pas vouloir en conclure, comme le feraient facilement les partisans de cette

théorie qu'elle est, par conséquent, justifiable (Hauriou, *Sirey*, 92, 3, 133). — Ducrocq, *op. cit.*, 7^e édit. t. 2, p. 59. — Dubois, *Le contentieux admin. en Italie* broch., 1873. — Laferrière, *op. cit.*, 2^e édit., t. I, p. 68-84. — Dareste, *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1883, p. 275 à 291. — Jacquelin, *Juridiction administrative*, p. 299-327.

Système espagnol et autrichien.

On ne trouve déjà plus ici l'acte de gouvernement. En principe, l'acte de puissance publique émanant du pouvoir central peut être porté devant une juridiction administrative.

Espagne.

Le Conseil d'Etat connaît de toutes les réclamations suscitées par les actes administratifs des fonctionnaires du pouvoir central. La loi organique du 17 août 1860 (art. 56) pose en principe que « celui qui se sent lésé dans ses droits par quelque décision du Gouvernement ou des directions générales qui est *res judicata* pourra réclamer contre elle par la voie contentieuse en présentant sa demande au Conseil d'Etat ».

Toutefois il faut dire que les réclamations contre les actes de puissance publique émanés des ministres et des directeurs des administrations diverses sont soumises à des règles spéciales. Il y a une question préjudiciable de recevabilité du pourvoi posée devant la section compétente du Conseil d'Etat. La section rend une décision qui peut être annulée par un décret contraire, inséré dans la *Gazette de Madrid*.

D'ailleurs, le Conseil d'Etat n'a aucun pouvoir propre de juridiction; en réalité, c'est le roi qui décide par décret en son Conseil; la justice est donc retenue. Mais il n'y a guère là qu'une question de mots; en Espagne, comme en France, avant 1872, le droit du gouvernement de ne pas ratifier la décision du Conseil est, comme le dit M. Laferrière « bien plutôt théorique que réellement exercé dans la pratique ».

On le voit, le gouvernement pouvant examiner préalablement les pourvois contre les actes d'autorité, et la justice étant retenue, il serait facile, en Espagne, de soustraire certaines catégories d'actes de puissance publique à tout recours. Mais l'Espagne ne connaît aucunement la théorie de la jurisprudence française qui crée des actes gouvernementaux soustraits à toute juridiction. Seul, le décret sur conflit est considéré, en droit public espagnol, comme un véritable acte de puissance gouvernementale « parce que, dit M. Colmeiro, le roi est le supérieur commun de l'administration et de la justice, et la régulation suprême.

de toutes les juridictions ». (Don Manuel Colmeiro *Derecho Administrativo español*, 2 vol. ; Demombynes, *Constitutions européennes*, 2 vol., t. I, p. 484-486. Laferrière, *op. cit.*, t. I, p. 26-34).

Autriche.

Ici la situation est à peu près la même qu'en Espagne : les attributions de la juridiction administrative sont bien plus étendues que celles des tribunaux administratifs Français et Allemands, si on examine le cercle des affaires dans lesquels elles se meuvent.

L'article 15 de la loi constitutionnelle de 1867 sur le pouvoir judiciaire annonçait une loi spéciale devant régler l'exercice du droit de recours appartenant à quiconque se prétend lésé par une décision ou mesure de l'autorité administrative. La loi du 22 octobre 1875 crée la Cour de justice administrative et détermine sa compétence.

« Le recours devant la Cour de justice administrative
« est ouvert à toute personne qui se prétend lésée dans
« ses droits par une décision ou mesure illégale d'une
« autorité administrative centrale, provinciale ou com-
« munale. Sont exceptées de la compétence de la
« cour..... les affaires dans lesquelles l'administration
« exerce, en vertu des lois, une autorité discrétion-
« naire ». Loi 22 octobre 1875, art. 2 et 3.

Le recours est donc largement ouvert ici aux personnes qui se prétendent lésées dans leurs droits par une décision illégale. Sans doute, la Cour de justice administrative ne joue que le rôle d'une Cour de Cassation administrative. La partie lésée doit adresser un recours gracieux d'abord au fonctionnaire et si elle n'obtient pas justice, elle adresse à la Cour un recours contentieux.

La Cour ne peut que casser l'acte attaqué et elle renvoie pour la suite de l'affaire à l'autorité administrative elle-même qui est liée désormais par les principes posés dans la décision de la Cour.

Y a-t-il place ici pour une théorie des actes de gouvernement ? Nullement. Les attributions de ce haut tribunal administratif sont largement étendues. Pour qu'une affaire soit soustraite à cette juridiction, il faut que la loi l'abandonne expressément au pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative. Cette dernière, n'étant pas sortie des limites tracées par la loi, sera restée dans la légalité et le particulier serait mal venu à se plaindre. Il n'y a donc pas en Autriche d'acte hors du droit insusceptible d'un contrôle quelconque de la part de tous les tribunaux.

Systeme belge.

La juridiction administrative ici n'existe pas ; en principe l'autorité judiciaire est compétente pour les litiges de toute nature. Toutefois en Belgique, et aussi en Grèce et en Suède, la séparation entre l'autorité judiciaire et l'administration active est maintenue par la loi : un acte administratif étant attaqué, les tribunaux se bornent à connaître des effets de cet acte par rapport à l'objet du procès. L'administration est tenue de se conformer en l'espèce à la décision rendue ; mais elle seule peut prendre une mesure ayant pour effet de rapporter l'acte ou de le modifier. De l'acte de gouvernement on ne connaît ni le nom, ni la chose.

Le droit individuel est ici admirablement protégé contre l'acte de puissance publique.

L'autorité judiciaire ne peut pas faire tomber l'acte administratif même illégal ou abusif. La défense d'y donner suite constituerait de la part du pouvoir judiciaire une véritable invasion par voie de commandement dans le domaine réservé aux administrateurs, délit puni par l'article 237 du Code Pénal. Mais ici s'applique très bien le système que M. Aucoc voulait partiellement introduire dans le droit public français à propos des actes de gouvernement.

Il appartient aux tribunaux, sinon d'arrêter l'exécu-

tion d'un acte administratif illégal, au moins d'en apprécier les conséquences par rapport aux intérêts civils de la personne lésée, La cour de Bruxelles l'a ainsi jugé le 4 juillet 1846. (Giron, t. I, p. 209).

Et le Gouvernement ne peut pas accomplir d'actes qui, sous prétexte politique, n'engageraient pas sa responsabilité quelle que soit leur illégalité. Le droit public belge ne mentionne même pas le nom d'acte de gouvernement. Certains auteurs établissent ainsi très rationnellement la division des actes de l'Etat : actes émanés de la puissance judiciaire ; actes émanés de la puissance administrative. Il n'est pas fait mention ici d'un pouvoir gouvernemental quelconque, (Giron, t. I, p. 182).

Il y a mieux ; si un gouvernement essayait de faire vivre en Belgique, l'acte de gouvernement tel que nous l'avons connu sous sa forme odieuse au Second Empire, il se heurterait à d'énergiques résistances. En effet, la jurisprudence et la doctrine déclarent qu'il existe un moyen légal d'empêcher l'administration de poursuivre contre un citoyen l'exécution d'un acte abusif et attentatoire à ses droits. Ce moyen consiste à opposer la force à la force. S'il y a acte arbitraire et illégal de la part de l'autorité administrative, la résistance du citoyen ne tombe pas sous le coup des lois pénales qui punissent la rébellion. Les tribunaux apprécient d'après les faits de chaque cause. (*V. Belgique judiciaire*,

arrêt de la cour du Brabant septentrional, 1843, p. 329).

Toutefois, il faut dire que le recours aux tribunaux ne saurait avoir un effet préventif, le pouvoir judiciaire n'étant pas compétent pour intimer à l'autorité administrative des défenses ou des prohibitions. « Le recours en annulation pour excès de pouvoir n'est donc pas recevable devant les tribunaux contre les actes d'administration qui impliquent à un degré quelconque l'exercice de la puissance publique. C'est un point qu'il ne faut pas perdre de vue lorsqu'on compare le système belge au nôtre ».

Nous ne concluons pas certes avec M. Laferrière, (t. I p. 71, 72), que le système belge est inférieur au nôtre, surtout si nous nous plaçons au point de vue spécial qui nous occupe. Il suffit de dire que les tribunaux judiciaires peuvent accorder des dommages-intérêts pour réparation d'un acte administratif vexatoire ; que la victime d'un acte illégal consommé actionnera l'auteur du fait en dommages-intérêts en se fondant sur les articles 24, 92, et 107 de la Constitution. Or en principe, en Belgique comme en Angleterre, cette responsabilité du fonctionnaire ne rejaillit pas sur l'Etat. La crainte de cette responsabilité sera la protection préventive très efficace du droit individuel. (Bruxelles, 4 juillet 1846. Pasic, 1847, 2, 44). Giron, (*Le droit administratif de la Belgique*, 2 vol. t. I, p. 208-217). Laferrière, *op. cit.* t. I, p. 64-72. Dareste,

Bulletin de législat. comparée 1873, p. 284. Jacquelin. *Thèse, de la juridiction administrative*, p. 341-359. Demombynes. *Constitutions Européennes*, t. I, p. 221).

Système anglo-américain.

L'Angleterre et les Etats-Unis ont été conduits par leurs traditions propres et l'ensemble de leurs institutions à une conception spéciale de l'action et de la juridiction administrative. Les théories de droit administratif des divers pays d'Europe ne peuvent être mises en parallèle, avec celles de ces deux pays extrêmement décentralisés. En Angleterre, comme en Amérique, la théorie de l'acte de gouvernement parfaitement inconnue n'est susceptible d'aucune application.

Angleterre.

Il est à peu près inutile de parler ici de l'acte gouvernemental ; avec l'effacement presque complet du pouvoir central dans les questions d'administration ; avec le droit qui appartient au juge d'adresser des défenses et des interdictions aux agents de l'administration, on verra rarement l'autorité administrative commettre impunément des illégalités. « A tout tort il y a remède en droit » dit la doctrine anglaise. En effet,

le Banc de la Reine et le juge de paix sur la réclamation du citoyen lésé adresseront à l'autorité administrative une défense, une mise en demeure, même un ordre d'agir. Mieux que cela : s'il y a illégalité, le Banc de la Reine par un *Writ of certiorari*, reformera la décision prise par l'administration.

La cour suprême sera donc ici juge des litiges administratifs et exercera sur les actes administratifs illégaux une juridiction analogue à celle qui appartient en France au Conseil d'Etat. Cette juridiction sera plus étendue toutefois, car aucune restriction n'y sera apportée relativement à une catégorie quelconque d'actes dits de gouvernement. Il faut pourtant mentionner ici une théorie spéciale au droit public anglais.

L'Angleterre est le pays où la responsabilité personnelle des fonctionnaires envers les citoyens lésés, est le plus largement pratiquée. L'auteur d'un acte illégal sera poursuivi, à fin de réparation civile, par le particulier lésé dans son droit.

Jadis le souverain, en Angleterre, s'arrogeait le droit de dispenser de l'exécution des lois, ou même de rendre sous forme d'ordonnance de véritables lois. Le fonctionnaire, à l'abri de ces ordres du roi, accomplissait des actes illégaux en toute sécurité. Il n'en est plus ainsi aujourd'hui. Le Bill des droits a déclaré formellement illégal le fait de suspendre l'exécution de la loi. « Mais, on admet que le Roi peut dans des cas graves et urgents suspendre temporairement, sur l'avis de ses ministres

l'exécution de certaines lois et même prendre des mesures illégales, sauf à les faire ratifier dans le plus bref délai possible, par le Parlement et à demander en même temps un bill d'indemnité ». (Comte de Franqueville : *Le Gouvernement et le Parlement britanniques*, t. I, p. 247).

Le système qui ressort ainsi de l'esprit de la constitution anglaise, devrait, selon certains auteurs, pénétrer dans le droit public français. Dans les cas extrêmes le droit individuel étant violé, le Parlement, par un bill, relèvera l'auteur des mesures d'exécution illégales, des responsabilités encourues. Demombynes, *op. cit.* Laferrière, 2^e édit. I p. 97. 117 ; de Franqueville, *op. cit.* t. I p. 246. 253 ; Ducrocq, *op. cit.* 7^e édit. t. 2 ; Jacquelin, *op. cit.* p. 189, 213 ; Glasson, *Histoire des institut. politiques civiles et judiciaires de l'Angleterre* ; Dareste, *Bull. Législ. comp.* 1873 p. 288.

Etats-Unis.

La prééminence du pouvoir judiciaire, gardien des droits individuels sur le pouvoir exécutif est plus accentuée ici qu'en Angleterre. Aussi le juge américain qui est assez haut placé pour exiger du législateur le respect du pacte fondamental, peut-il à plus forte raison imposer l'application de la loi au détenteur de l'autorité administrative. Il en est ainsi tant

dans les législations de divers états que dans la législation fédérale.

L'esprit de la constitution américaine, la prépondérance absolue des pouvoirs judiciaires s'opposent à la création d'une série d'actes d'autorité soustraits à tout contrôle juridictionnel. La séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir administratif est complètement inconnue aux Etats-Unis, de même qu'en Angleterre. Tout citoyen a le droit de recourir à l'autorité judiciaire contre tout acte du gouvernement qui l'atteint dans sa personne ou dans ses biens.

La Constitution du 17 septembre 1787 faisait de la Cour suprême des Etats-Unis le juge des litiges administratifs survenus entre l'union ou les Etats particuliers et les citoyens (Dareste, *Constitut. modernes*, t. 2, p. 362).

La Cour des Réclamations a hérité de cette compétence. Et chose singulière, il a fallu que des lois spéciales vinssent soustraire à sa connaissance des actes du pouvoir exécutif dont, nous le savons, pour des raisons diverses, le pouvoir judiciaire ne peut pas connaître.

Ces actes dans la théorie et la pratique françaises sont dénommés actes de gouvernement, et cette dénomination est la seule cause qu'on donne de l'incompétence des tribunaux à leur égard. Sans désapprouver cette incompétence, nous ne saurions nous contenter de cette simple raison. Mais si nous mentionnons cet

état de choses dans le droit public américain c'est pour prouver le degré de puissance de l'autorité judiciaire. Un acte du 3 mars 1863 a enlevé à la cour des réclamations toute compétence pour connaître des contestations nées des traités conclus par les Etats-Unis ; un acte du 3 mars 1883 a enlevé compétence à la cour pour connaître des faits de guerre relatifs à la guerre de rebellion.

Il n'y a pas aux Etats-Unis d'hérarchie administrative, la décentralisation étant poussée à son point extrême. Les tribunaux remplacent pour l'administration, le supérieur hiérarchique. Tout citoyen lésé dans son droit peut solliciter devant les tribunaux des *writs of mandamus, of prohibition ou of certiorari* selon qu'il s'agit de faire ordonner, interdire ou réformer un acte quelconque de la puissance exécutive. Il n'y a donc pas à parler ici d'actes d'autorité insusceptibles des recours pour des raisons d'ordre politique.

Il faut dire il est vrai que le droit américain reconnaît qu'il existe des « *discretionary acts* » qui échappent à la compétence des tribunaux. La qualité d'acte « discrétionnaire » entraîne la négation du droit de de recours. Et le mot « acte discrétionnaire » a presque le sens de notre terme acte de puissance publique. « Des actes réglementaires de décision qui intéressent une collectivité alors même qu'elles peuvent léser ses droits ou ceux de certains de ses membres ; et souvent même des décisions individuelles qui portent plus par-

ticulièrement l'empreinte de la puissance publique, telles que certaines décisions en matière de salubrité, de voirie, etc. » (Laferrière., t. I, p. 130), tels seront les actes discrétionnaires.

S'il y avait ici une classification définitive d'actes de puissance publique soustraits à tout contrôle juridictionnel parce qu'ils sont qualifiés d'actes discrétionnaires, cette théorie du droit américain serait aussi dangereuse que notre théorie française des actes de gouvernement.

Mais la qualité « d'acte discrétionnaire » n'est établie que par les jugements des tribunaux ; et non par le jugement de tribunaux plus ou moins dépendants du pouvoir exécutif comme notre Conseil d'Etat, mais par la jurisprudence des tribunaux d'ordre judiciaire, qui par essence sont les gardiens des droits individuels. Ce souci de protéger le droit du particulier fera que toutes les fois que l'autorité exécutive revendiquera la qualité discrétionnaire de l'acte, le tribunal judiciaire analysera soigneusement les raisons de recevabilité ou de rejet du recours. La reconnaissance ou la négation du droit de recours dépend de la jurisprudence des tribunaux qui est loin d'être concordante (Goodnow *The executive and the Courts*, p. 553, 554, cité par Laferrière, p. 130, t. I,) le manque de concordance nous paraît s'expliquer par la raison qui vient d'être donnée.

Il n'y a donc ici aux Etats-Unis rien d'analogue à

notre théorie de l'acte de gouvernement. Il nous faut ajouter en outre que contre les abus d'autorité provenant de mesures d'exécution prises illégalement par l'agent de l'autorité administrative, le particulier se défendra facilement par la procédure dite d'indictment. La responsabilité des fonctionnaires est aussi largement pratiquée en Amérique qu'en Angleterre et ceci est indispensable dans ces pays très décentralisés. Cette procédure d'indictment est portée devant les tribunaux ordinaires sans aucune condition de forme ou de fond et peut aboutir à une double condamnation pénale et civile. Cette garantie de justice pour l'individu le défendra toujours contre les abus d'autorité.

(Ducrocq, *op. cit.*, t. 2, p. 73 ; Dareste, *les Constitutions modernes*, t. 2, p. 347-373 ; Story, *Commentaires de la constitution des Etats-Unis*, 2 vol. ; Lafferrière, *op. cit.*, t. I, p. 117-136 ; Jacquelin, *op. cit.* p. 215-225).

Conclusion.

Il semble démontré qu'il n'existe pas d'actes qui ne relèvent d'aucune juridiction parce qu'ils ont été accomplis par le gouvernement dans l'exercice d'une fonction politique. Quelque témérité qu'il y ait à poser cette affirmation en face de l'opinion, presque constante depuis un demi-siècle, de la doctrine et de la jurispru-

dence, la méthode de déduction juridique suivie dans cette étude semble nous y autoriser.

On a vu d'ailleurs que les résultats pratiques acquis par la jurisprudence au profit du gouvernement ne sont pas détruits par cette théorie nouvelle. Cette doctrine, fût-elle la seule juridique, serait inacceptable si elle empêchait le gouvernement d'accomplir sa tâche. Loin de là ; on a vu, que les actes qui avaient été placés dans la catégorie des actes de gouvernement après un effort de classification rationnelle étaient soustraits à tout recours en vertu des règles mêmes du droit commun. Point n'est besoin de créer, à cet effet, un droit exceptionnel.

Mais l'objection dès lors est toute prête : pourquoi s'embarrasser ainsi d'analyses minutieuses, pourquoi exiger qu'un acte de puissance publique soit rejeté comme mal fondé plutôt que le faire échouer contre une fin de non recevoir, si les solutions doivent être les mêmes que si on se réclamait de la théorie très simple de l'acte gouvernemental. Est-ce pour aboutir à ce résultat minime, qu'on s'offre à soi-même le stérile plaisir de détruire une doctrine à peu près unanimement acceptée ?

La loi, comme le dit M. Laferrière, n'a pas pris soin de tracer la ligne de démarcation qui sépare les actes d'administration des actes de gouvernement (*Op. cit.* préface, p. 14). Les auteurs et les tribunaux se sont vainement efforcés d'établir ce criterium juridique. Il

y a donc ici une zone indécise, à limites incertaines, entre les droits des particuliers et les pouvoirs du gouvernement, que les partisans de la théorie sont forcés de laisser subsister. Cette imprécision des limites du pouvoir gouvernemental nous effraye. Sans doute la doctrine a soigneusement élaboré et restreint les actes qu'il est indispensable, dit-elle, de laisser hors du droit. Il sera donc répondu à toute réclamation relative à ces actes par une fin de non recevoir tirée d'un seul mot : ce sont des actes de gouvernement. Mais dans la variété infinie des cas qui peuvent se présenter à l'occasion de ces actes, ne peut-il pas y avoir violation des droits protégés par la loi, et illégalité commise par l'autorité publique ?

Mieux que cela : le gouvernement, arguant d'une théorie qui manque de base juridique, et, par conséquent aussi, d'une jurisprudence et d'une doctrine nécessairement imprécises, ne pourra-t-il pas violer les règles du droit et échapper habilement à tout contrôle ?

Cette théorie parasite, même sous sa forme actuelle très atténuée, quoique contraire à l'esprit et à la lettre de notre droit public, y demeure comme un danger permanent. C'est une porte entr'ouverte aux illégalités les plus apparentes et les plus dangereuses, parce que le pouvoir concédé au gouvernement est incertain et mal défini. En veut-on la preuve ? Les décrets du 20 mars 1880 ont prononcé la dissolution des congrégations religieuses non autorisées ; l'exécution de ces décrets

entraîna des mesures d'expulsion ; les membres de ces congrégations et les propriétaires des locaux occupés par elles intentèrent devant les tribunaux judiciaires des actions criminelles contre les fonctionnaires pour attentat à la propriété privée et pour violation de domicile. Le conflit fut élevé et ici on assista à une violation flagrante de la loi. L'article 1 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 est ainsi conçu : « A l'avenir le conflit d'attribution entre les tribunaux et l'autorité administrative ne sera jamais élevé en matière criminelle » ; ce texte est absolu, général, et d'une clarté qui ne prête à aucune équivoque. Et cependant le conflit a été élevé en cette matière et il a été validé par plusieurs jugements du tribunal des Conflits du 22 décembre 1880, du 29 janvier 1881, du 12 mars 1881 et du 2 avril 1881 (Sirey 1882, 3, 57, 74 et 75 ; Sirey 1883, 3, 1). Le gouvernement, excipant, pour élever le conflit de la qualité gouvernementale de l'acte et le tribunal des Conflits, adhérant à la théorie que nous combattons, se mirent hors des règles de la légalité.

Le gouvernement devait, mais il ne le fit que trop tard, accepter devant les juridictions compétentes la discussion relative à la légalité des décrets. Son droit était de prouver qu'en accomplissant de pareils actes administratifs, il était resté dans la limite légale de ses pouvoirs ; mais, ce qu'il n'avait pas le droit de faire, c'était de se soustraire au contrôle de toute juridiction et de se constituer seul juge de la validité de ses actes.

Une semblable doctrine constitue un danger éventuel mais permanent. Elle peut être redoutable pour la sûreté des citoyens et pour l'existence de la liberté civile : avec elle, chacun, peut à juste titre se sentir menacé dans sa personne ou dans ses biens, et tous peuvent trembler d'être un jour victimes d'un acte arbitraire et de despotisme.

La loi elle-même ne respecte pas toujours scrupuleusement le droit. Mais la soumission de tous à un régime de légalité soigneusement élaboré est la seule garantie possible des droits individuels. Or, le régime des lois n'est assuré en un pays que si tous les citoyens voient clairement où est le juge et comprennent que nul, si haut placé qu'il soit, ne lui échappe.

Le déni de justice, qu'à toutes les époques nos vieux jurisconsultes ont considéré comme la pire offense, a reparu de notre temps sous des titres nouveaux. Vienne un déclinatoire, un conflit, une déclaration d'incompétence, et un citoyen lésé dans ses droits, protestant contre la confiscation de sa propriété, réclamant une édition saisie administrativement avant toute publication, ou se plaignant d'une atteinte à la liberté individuelle verra l'accès de toutes les cours se fermer devant lui sans qu'il puisse présenter sa réclamation.

Le droit public étranger n'a pas, en général, osé créer un droit exceptionnel pour les actes d'autorité accomplis sous l'empire d'une idée politique. Là le droit individuel ne change pas de valeur selon qu'il

heurte la puissance publique ou l'individu. Il n'y a pas là deux droits, pas plus qu'il n'y a deux morales.

Seules l'Allemagne et l'Italie ont paru oublier que le pouvoir n'est institué que pour sauvegarder la liberté civile, et « que le principe d'autorité n'a pas d'autre base que la protection de la liberté individuelle qui lui donne une raison d'être ». (Demangeat, *Revue de législat. anc. et mod.* 1875, p. 95).

Quels que soient les pays où une telle doctrine et les événements qu'elle justifie sont acceptés, que ce soit un Empire despotique, une monarchie ou une République parlementaires, les résultats sont identiques : on peut affirmer que si la conscience publique n'est pas soulevée, l'idée du droit est en déclin.

Ceci justifiera l'effort que nous avons accompli pour faire disparaître une doctrine qui jette la confusion dans les idées et qui, tout en étant juridiquement inexacte et inutile en raison des atténuations qu'on y apporte, n'en sera pas moins dangereuse dans son application, pouvant servir éventuellement à absoudre le pouvoir exécutif des plus graves abus d'autorité.

BIBLIOGRAPHIE

Anonyme. — La liberté individuelle et le droit de propriété devant les actes de gouvernement ; France judiciaire, tome 5, 1880-1881 p. 1 à 12.

Aucoc. — Conférences sur le droit administratif ; Paris 1869, 2 vol.

Aucoc. — Note sur la jurisprudence du Conseil d'Etat en matière de recours contre les actes du gouvernement Revue critique, tome 50, 1883, pp. 266 à 271.

Bannister. — De la responsabilité des fonctionnaires publics en Angleterre ; Revue Fœlix, tome 2, 1835, Paris.

Bathie. — Traité de droit administratif, Paris, 7 vol. 1885.

Bequet. — Répertoire du droit administratif : article : contentieux administratif, tome VIII, 1895.

Bernard. — De la responsabilité des fonctionnaires publics sous l'empire du décret du 19 septembre 1870 ; Rev. crit. tome 44, 1877, pp. 449 et 452.

Bertauld. — La liberté civile, 1864, p. 1-20.

Block. — Dictionnaire de l'administration française, article : administration ; 1891, Paris.

Bluntschli. — La politique, trad. Riedmatten, Paris, 1885.

Bluntschli. — Théorie générale de l'Etat, trad. Riedmatten, Paris 1884.

Bouchené-Lefer. — Principes de droit public et administratif, 1 vol., Paris 1862.

Bouchené-Lefer. — De la justice administrative, Rev. prat. tome 15, 1863.

Boullaire. — De la liberté individuelle, de l'inviolabilité du domicile et de la responsabilité du fonctionnaire public. Paris 1889, p. 42-43.

Bremond. — Revue critique, 1883, p. 561.

Bremond. — Acte de Gouvernement, Revue du droit public et de la science politique 1896, p. 23.

De Broglie. — De la juridiction administrative, Revue française, novembre 1823, p. 60.

Cabantous et Liégeois. — Répétition sur le droit administratif, 2 vol. 1875 Paris.

Choppin. — Annotation, Sirey 67, 3, 51.

Ch. Constant. — Les principes du droit public et décrets du 29 mars 1880, France judiciaire, tome; 4 1879-1880 pp. 297 à 305.

De Cormanin. — Droit administratif, Paris, 1840, 2 vol.

Dalloz. — Lois administratives annotées, Paris 1890 tome, I, pp. 76 et 174.

Dareste (R). — La justice administrative en France, Paris, 1862; 2^e édition, 1898.

Dareste (R). — Etudes sur la juridiction administrative dans les divers Etats. Bulletin de Législation comparée 1873, pp. 275 à 291.

Dareste (F.R. et P). — Les constitutions modernes. Paris 1883, 2 vol,

- Demombynes.** — Les constitutions européennes, Paris, 1883,
2 vol.
- Dubarle.** — Code d'organisation judiciaire allemand, Paris,
1835, 2 vol.
- Dubois.** — Le contentieux administratif en Italie, Paris
1873.
- Ducrocq.** — Cours de droit administratif, 2 vol. parus Paris,
1898.
- G Dufour.** — Traité de droit administratif appliqué, 8 vol.
Paris 1856.
- Demolombe.** — Consultation, France judiciaire tome 4 p.
390, 1881.
- De Footz.** — Drois administratif belge, Tournay 1863-1867, 5
volumes.
- Foucart.** — Eléments de droit public, 1835 2 vol. Paris,
- De Franqueville.** — Les Institutions politiques judiciaires
et administratives de l'Angleterre 1861 Paris.
- De Franqueville.** — Le Gouvernement et le Parlement en
Angleterre 1885 Paris, 3 vol.
- Garraud.** — Traité du droit pénal français, Paris, 1890 t. 2
n° 90.
- Garsonnet.** — Cours de procédure, t. 1, p. 2.
- Gautier.** — Précis des matières administratives, 2 vol.
Paris, 1897.
- Gerando.** — Institutes de droit administratif, 5 vol. Paris,
1840-1846.
- Giron.** — Le droit administratif de la Belgique, Bruxelles et
Paris, 1885, 2 vol.
- Glasson.** — De l'incompétence absolue, Rev. crit. Tome 48,
p. 503-504.

- **Graux.** — Les congrégations religieuses devant la loi, 1 vol. Paris, 1881.
- Guillard.** — Histoire du Conseil du Roi, 1 vol. Paris, 1787.
- Hauriou.** — Précis de droit administratif, 1 vol. Paris 1898.
- Henrion de Pansey.** — De l'autorité judiciaire en France. Paris, 1827, 2 vol.
- Jacquelin.** — De la juridiction administrative dans le droit constitutionnel, thèse pour le doctorat, Paris, 1891.
- Labbé.** — Annotation. Sirey 76, 2, 297.
- Laferrière.** — Cours de droit public et administratif, 2 vol. Paris, 1860.
- Laferrière.** — Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2 vol. Paris 1896.
- Lerat et Magnitot.** — Dictionnaire du droit public et administratif, 2 vol. Paris, 1836.
- Macarel.** — Des tribunaux administratifs, 1 vol. Paris, 1828.
- Macarel.** — Cours de droit administratif, 4 vol. 1844-1846, Paris.
- Marie.** — Eléments de droit administratif, Paris.
- Michaud.** — Annales de l'enseignement supérieur de Grenoble : des actes de gouvernement 1889, tome I p. 260.
- Poitou.** — La liberté civile et le pouvoir administratif en France. Paris 1869, pp. 223 à 242.
- Von Ronne.** — Das Staatsrecht der Preussischen monarchie, Berlin 1883, tome 3 p. 583.
- Serrigny.** — Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure administratives Paris 1865, 3 vol.
- St-Girons.** — Essais sur la séparation des pouvoirs. Paris 1881
- Simonet.** — Traité élémentaire de droit public et administratif. 1 vol. 1893, Paris,

H. Spencer. — L'individu contre l'État, trad. Cazettes, Paris 1889.

Testoud. — Essais sur la séparation des pouvoirs, de St-Girons (compte-rendu), Rev. critique tome 48, 1884.

Vivien. — Etudes administratives, Paris 1852, 2 vol.

Vu par le président de la thèse
E. CHENON.

Vu par le Doyen,
GARSONNET.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vico-Recteur de l'Académie de Paris
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Page
I. — INTRODUCTION	5
CHAPITRE I. — HISTORIQUE DE LA QUESTION	11
<i>a)</i> L'ancien régime	11
<i>b)</i> Période révolutionnaire	14
<i>c)</i> Restauration et monarchie de Juillet	18
<i>d)</i> Second empire.	24
CHAPITRE II. — LES THÉORIES ACTUELLES.	32
<i>a)</i> La théorie du gouvernement	32
<i>b)</i> La théorie de la doctrine et de la jurisprudence.	40
<i>c)</i> Réfutation de la théorie du gouvernement.	52
<i>d)</i> Réfutation de la théorie courante	56
CHAPITRE III. — IL N'Y A PAS D'ACTES DE GOUVERNEMENT	81
<i>a).</i>	81
<i>b)</i> L'individu contre la puissance publique	83
<i>c)</i> Actes de Gouvernement	91
1° Rapports du gouvernement avec les Chambres	94
2° Etat de siège	98
3° Décisions relatives aux membres des dynasties déchuës	101
4° Mesures de sûreté publique.	103

5° Faits de guerre.	108
6° Droit de grâce	113
7° Collations de titres de noblesse	114
8° Rapports internationaux	115
d) Le bill d'indemnity	121
CHAPITRE IV. — L'ACTE DE GOUVERNEMENT A L'É-	
TRANGER	130
a) Allemagne	131
b) Italie.	133
c) Espagne	137
d) Autriche.	139
e) Belgique.	141
f) Angleterre	144
g) Etats-Unis	146
CONCLUSION	150
BIBLIOGRAPHIE	157

Imprimerie des Ecoles, H. Jouve, 15, rue Racine, Paris.
